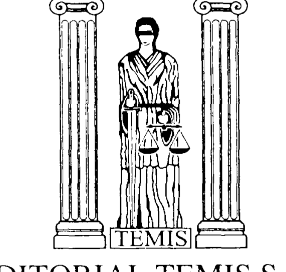
JAIME AZULA CAMACHO
Profesor universitario

# MANUAL DE DERECHO PROCESAL

Tomo I

Teoría general del proceso

*Décima edición*




EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2010




ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.


Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: editorial@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-0768-7
2445 201000018400

# ÍNDICE GENERAL

PÁG.



## PARTE PRIMERA

## DEL DERECHO PROCESAL EN GENERAL

### CAPÍTULO I

### CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL



### CAPÍTULO II

### FUENTES DE DERECHO PROCESAL

CAPÍTULO II

## NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO



CAPÍTULO III

## CLASIFICACIÓN DEL PROCESO

PÁG.



CAPÍTULO IV

REGLAS Y SISTEMAS DEL PROCEDIMIENTO

**Sección I.** *Principios*

PÁG.



## **Sección II.** *Sistemas*



CAPÍTULO V

## HISTORIA DEL PROCESO

## TÍTULO II

# RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS PARTES

## CAPÍTULO I

# LA ACCIÓN

PÁG.

CAPÍTULO II

## EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN



§ I. *Los sujetos del proceso*

CAPÍTULO I

## LA JURISDICCIÓN

PÁG.



## CAPÍTULO II

## LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL

PÁG.



## CAPÍTULO III

## LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES

## CAPÍTULO IV

## ATRIBUCIONES DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES: TEORÍA DE LA COMPETENCIA

CAPÍTULO V

## AUXILIARES DE LA JUSTICIA

CAPÍTULO VI

## EL MINISTERIO PÚBLICO



### **Sección I.** *Fiscalía*



### **Sección II.** *Procuraduría*



### **Sección III.** *Defensoría del pueblo*



### **Sección IV.** *Defensor de familia*

## CAPÍTULO VII

## LAS PARTES

## **Sección II.** *Representación judicial*

PÁG.



## CAPÍTULO IX

## PLURALIDAD DE PARTES



## **Sección I.** *Litisconsorcio*

## **Sección II.** *Intervención de terceros*

PÁG.



## § II. *Del objeto del proceso*

### Capítulo I

### LA PRETENSIÓN

CAPÍTULO II

## ACTITUDES DEL DEMANDADO FRENTE A LA PRETENSIÓN

PÁG.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DEL ACTO PROCESAL



CAPÍTULO III

REQUISITOS DEL ACTO PROCESAL

## CAPÍTULO IV

# ACTOS DEL FUNCIONARIO JUDICIAL

PÁG.



## CAPÍTULO V

# TEORÍA DE LA COSA JUZGADA

## CAPÍTULO VI

## ACTOS DE INTRODUCCIÓN

## CAPÍTULO VII

## ACTOS DE COMUNICACIÓN

PÁG.



## CAPÍTULO VIII

## MEDIOS DE IMPUGNACIÓN



## CAPÍTULO IX

## PRESUPUESTOS DEL PROCESO

### **Sección I.** *Presupuestos procesales propiamente dichos*

PÁG.



### **Sección II.** *Presupuestos materiales*



## CAPÍTULO X

## CRISIS DEL PROCESO

## Capítulo XI

## TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO

PÁG.

PÁG.



## Subsección II. *En los procesos ejecutivos*



## **Sección V.** *Desistimiento tácito*



## **Sección VI.** *Cesación de procedimiento*

## **Sección VII.** *Preacuerdos y principio de oportunidad*

PÁG.

# INTRODUCCIÓN

La presente obra es la décima edición de la *Teoría del proceso* y conserva la estructura de las anteriores para ajustarse al programa de esa asignatura, que regentamos en varias Universidades de Bogotá desde su adopción en el pensum de las facultades de derecho, modificada, desde luego, en algunos aspectos que consideramos importantes.

La *Teoría del proceso* está actualizada de acuerdo con las reformas efectuadas en los diferentes campos, particularmente en el procedimiento penal, cuyo actual Código, ley 906 de 2004, cambió el tradicional sistema inquisitivo por uno de tendencia acusatoria, la ley 1098 de 2006, contentivo del Código de la Infancia y la Adolescencia, la ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado, así como las modificaciones producidas en la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, y, desde luego, la ley 794 de 2003, contentiva de las últimas modificaciones efectuadas al Código de Procedimiento Civil. También los cambios registrados en materia de perención, abolida en el civil y luego adoptada con la denominación de desistimiento tácito por la ley 1194 de 2008 para los procesos declarativos y reproducida para el ejecutivo por la modificación que la ley 1285 de 2009 le hizo a la ley 270 de 1996. Además, hemos tratado de adecuar los criterios bajo los cuales nos formamos a las nuevas tendencias del derecho procesal y subsanar, hasta donde nos es posible, los errores en que incurrimos en las anteriores ediciones.

Reiteramos nuestro reconocimiento a los maestros HERNANDO DEVIS ECHANDÍA y HERNANDO MORALES MOLINA, ya fallecidos, como gestores del estudio del derecho procesal en Colombia, pues su dedicación, estudio, producción y entusiasmo despertaron nuestro interés por el estudio de esta disciplina jurídica. A JAIRO PARRA QUIJANO, con quien compartí la docencia desde mi iniciación en la Universidad Libre y luego, al cabo de varios años, nos reencontramos en la cátedra de instituciones procesales en el posgrado de la Universidad del Rosario y luego en la Autónoma, bajo la dirección de nuestro común amigo, mi discípulo de ayer y el maestro de hoy, LUIS FELIPE CANOSA TORRADO; a GUILLERMO SALAMANCA MOLANO, no solo en la Universidad Libre, sino en La Gran Colombia, donde fue director del departamento de derecho procesal, y luego en la Universidad de la Sabana. A HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, también en La Gran Colombia y luego con su dirección en la Universidad Externado de Colombia. Finalmente, a ALFONSO GUARÍN ARIZA, quien regentó la cátedra de derecho procesal civil especial durante nuestra permanencia en la decanatura de la Universidad Militar Nueva Granada y luego nos vinculó al posgrado de la Univer-

sidad del Rosario. Y por último, nuestra gratitud a la doctora MARISOL LONDOÑO VARGAS, quien con dedicación y esmero ha revisado la normativa que citamos en la obra.

Como siempre lo hemos expuesto, no pretendemos originalidad, hoy casi imposible por el inmenso desarrollo del conocimiento, sino recoger lo dicho por tratadistas nacionales y extranjeros. Tampoco, desde luego, asumir posiciones intransigentes, que pugnan con el derecho, no solo cambiante, sino de interpretación en muchos de sus aspectos. Por ello, recibiremos siempre con gratitud las críticas y observaciones que nos permitan enmendar nuestros errores, que podrán advertirse, a pesar del denodado esfuerzo por evitarlos y subsanarlos. *Siempre recordamos el adagio japonés: en los libros los errores son* como las hojas del otoño, por más que las recojamos, siempre quedan.

Esta obra, que en su integridad y con nuevas ediciones se vuelve a publicar, tiene una especial dedicatoria: a mis hijos JORGE ALBERTO, JUAN CARLOS y ALEJANDRO, a quienes, por el tiempo que nos implicó la investigación y la academia, les sustraje mi compañía cuando más la necesitaban; y a quienes, sin distingo alguno, han sido, son y serán nuestros discípulos, tanto en los cursos de pregrado como de posgrado, porque su estímulo ha sido el propulsor de estos libros y por su paciencia y comprensión para que nos mantengamos en la labor docente.

JAIME AZULA CAMACHO

PARTE PRIMERA

# DEL DERECHO PROCESAL EN GENERAL

CAPÍTULO I

# CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL

## 1. DERECHO SUBJETIVO Y OBJETIVO

El derecho en general suele dividirse en dos grandes ramas, a saber: el objetivo y el subjetivo.

El *derecho objetivo* es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los individuos que integran la colectividad y de esta con el Estado, así como entre sus diferentes organismos.

El *derecho subjetivo* es la facultad que tiene un sujeto para obtener la satisfacción de un interés, que se encuentra tutelado por una norma de derecho objetivo. Es —como dice RUBIANES[1]— poder de querer y de obrar, de imponer un individuo su voluntad y acción a la voluntad y acción de otros, pero siempre, como condición esencial, que encuentre respaldo o fundamento en el derecho objetivo.

El derecho subjetivo se encuentra integrado por varios elementos que, si bien son comunes al civil y al penal, las dos grandes ramas en que se le divide, presenta en cada una sus propias características, en razón de la diferencia esencial que las distingue.

A) *En el campo civil y en los que siguen su orientación.* a) *De acuerdo con la concepción de Ugo Rocco*[2], los elementos constitutivos del derecho subjetivo son:

a') Un sujeto específico o determinado, en el cual se personifica la norma.

b') Un interés, constituido por el bien apto para satisfacer una necesidad, causa que determina la voluntad.

c') Una voluntad, que determina al sujeto para obtener el bien que le permite satisfacer una necesidad.

d') Una facultad jurídica, o poder otorgado por la norma de derecho objetivo al sujeto, de querer y de actuar para satisfacer un interés e imponer su voluntad a la de otro u otros sujetos.

[1] CARLOS J. RUBIANES, *Manual de derecho procesal penal*, t. I, Teoría general de los procesos penal y civil, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1969, págs. 21 y ss.

[2] UGO ROCCO, *Tratado de derecho procesal*, t. I, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1969, págs. 21 y 22.

b) El mismo tratadista italiano divide en tres grupos la *categoría de los derechos subjetivos*:

a') El que se refiere a la facultad o *el poder de un sujeto para que otro actúe* o se abstenga de hacerlo, como acontece con el crédito y su correlativa obligación.

b') Cuando el titular del derecho subjetivo está facultado para obrar o abstenerse de hacerlo, con la correlativa obligación, a cargo de los demás, *de soportarlo,* como ocurre con el derecho de propiedad.

c') La facultad del individuo *de mantener su integridad personal.*

B) *En el ámbito penal.* Conforme lo sustenta RUBIANES[3], con base en lo expuesto por ROCCO, se patentizan de la siguiente manera:

a) Un sujeto, representado por el Estado.

b) Un interés que radica en la necesidad de asegurar las condiciones necesarias para conservar la paz y la convivencia social, como pilares fundamentales de todo conglomerado.

c) La voluntad para satisfacer ese interés, que se dirige a sancionar al delincuente, mediante la aplicación de la respectiva pena.

d) La facultad de castigar o imponer la pena al delincuente.

Tanto en el derecho civil como en el penal existe un elemento común, con idéntico contenido, constituido por la norma positiva que crea y reconoce el derecho subjetivo.

En el derecho penal, el derecho subjetivo se traduce en lo que se denomina *ius puniendi.* Sin ahondar en los fundamentos jurídicos y filosóficos de esta figura, que superan los lindes de nuestro estudio, es incuestionable que ella constituye un derecho subjetivo, por cuanto es una potestad o poder del Estado, que se funda en un criterio de necesidad, como es el de proteger a la sociedad de actos que atentan contra su existencia, y que se traduce en la pena o castigo impuesto a quien los ejecuta, lo cual armoniza con la libertad de los individuos, ya que estos conocen el marco dentro del cual les corresponde adecuar su conducta.

## 2. DERECHO MATERIAL O SUSTANCIAL

El derecho objetivo y el derecho subjetivo son modalidades o ramas del llamado derecho material o sustancial. Aunando estos dos conceptos, podemos definir el derecho sustancial o material como el conjunto de normas que regulan la conducta de los individuos en la sociedad y reglamentan las relaciones de intereses en orden a la distribución y goce de los bienes de la vida.

[3] CARLOS J. RUBIANES, *op. cit.*, pág. 31.

## 3. Derecho procesal

Frente al derecho material o sustancial, como rama autónoma del derecho, se encuentra el procesal, que puede concebirse desde dos puntos de vista:

A) *Según la teoría pura* es el conjunto de normas que regulan la actividad realizada por las distintas ramas u órganos del Estado para crear o aplicar el ordenamiento positivo, sea con *carácter general*, como cuando cobija a toda la colectividad, o *individual*, si solo atañe a una persona determinada.

De acuerdo con este punto de vista y en razón de la rama del poder público que realice la función, se distinguen las siguientes:

a) *El derecho procesal legislativo*, constituido por las normas que regulan la forma como actúan los órganos del Estado a los cuales se les ha encomendado la función de dictar leyes (entre nosotros el Congreso, integrado por el Senado y la Cámara de Representantes).

b) *Derecho procesal administrativo*, llamado ejecutivo en nuestra actual Constitución Política, está conformado por las normas que regulan la forma como obran los diferentes órganos que integran el gobierno en los órdenes nacional, departamental y municipal con objeto de ejercer la función de administrar sus respectivos entes.

c) *Derecho procesal jurisdiccional*, que es el propiamente dicho o en sentido estricto y del cual nos ocuparemos posteriormente.

B) *En sentido estricto o derecho procesal propiamente dicho*, es el conjunto de normas que reglamentan la forma como la rama jurisdiccional actúa en el cumplimiento de su función, que, en su sentido más amplio, consiste en la administración de justicia.

Este criterio, que consagra las reglas que debe observar la rama jurisdiccional en general, cualquiera que sea el asunto sometido a su consideración, estructura la *teoría general del proceso*. Sin embargo, dichas reglas registran modificaciones o variantes, en razón del asunto debatido o controvertido, reglas que configuran los diferentes derechos procesales, como son el civil, penal, laboral, contencioso administrativo, coactivo, etc. Así, por ejemplo, la competencia es un criterio general en virtud del cual se determina a qué funcionario le corresponde conocer de un determinado proceso. El criterio general referente a la competencia, su concepto, factores para determinarla, modalidades, etc., son temas que pertenecen a la *teoría del proceso*. La forma como esas variantes obran en cada campo o rama en particular, por ejemplo, el civil y el penal, son diferentes, e integran el respectivo ordenamiento procesal.

## 4. Características del derecho procesal

Las diferencias con el derecho sustancial o material, que es la otra modalidad del derecho, constituyen las características o distintivos del derecho

procesal. La doctrina es unánime al considerar que el derecho procesal se caracteriza por ser autónomo, formal e instrumental o de medio.

A) *Autónomo*. En los primeros tiempos, particularmente en la época llamada clásica, la doctrina prácticamente solo se ocupó del derecho sustancial. Al procesal se le consideró como accesorio o secundario, por lo cual se le calificó de adjetivo. Se sentó el criterio de que solo quien era titular del derecho material tenía facultad de acudir al órgano jurisdiccional para solicitar tutela o protección. De ahí que se afirmara que la acción era inherente al derecho material. En otras palabras, no había derecho sin acción, ni acción sin derecho.

A mediados del siglo XIX, gracias a la labor realizada por la escuela alemana —donde sobresalieron, entre otros, MÜTHER, WACH y WINDSCHEID—, se sentaron las bases para deslindar totalmente el derecho procesal del sustancial o material. Estos procesalistas, aunque no separaron el ejercicio de la acción del derecho material, porque continuaron considerando como titular de aquella a quien lo fuera de este, sí la ubicaron dentro del derecho público, por cuanto el ejercerla determinaba la actuación de una rama del poder público, como lo es la judicial.

Posteriormente, con CARNELUTTI a la cabeza, se fijó el criterio definitivo de lo que hoy constituye el actual concepto de acción, pilar fundamental del derecho procesal, al hacerla radicar en cualquier persona, sin tener presente que fuera o no el titular del derecho material, el cual solo queda para ser considerado en la sentencia y como determinante de la clase de decisión.

En otros términos, cualquier persona puede poner en actividad la rama judicial y esta actúa haciendo caso omiso del asunto materia del debate o controversia, por cuanto es en la sentencia en donde le corresponde al juzgador analizar si quien se dirigió a él es el titular del derecho material y, además, si se dan los requisitos para que se le reconozca.

En consecuencia, al trazarse una perfecta delimitación entre el derecho material y la acción —como generadora de la actuación jurisdiccinal y sujeta a sus propias normas y reglas—, el derecho procesal adquirió la autonomía que hoy todos los doctrinantes le reconocen.

B) *Instrumental o de medio*. CARNELUTTI[4] tomó la idea de WACH[5], quien dividió las normas en materiales e instrumentales o de medio.

Para WACH, existían bienes primarios y de medio o instrumentales. Los primeros los concibió como los necesarios para obtener la satisfacción de una necesidad, tal el caso de los alimentos, la vivienda, la ropa, etc., mientras que los segundos son los elementos indispensables para conseguir los primarios, como sucede con los componentes de los alimentos; el ladrillo, el cemento y

[4] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Uteha, 1944, núm. 26.

[5] WACH, *Handbuch des deustches civilprozessrechts*, págs. 3 a 5.

demás elementos necesarios para construir la vivienda; la tela, el hilo, los forros y demás materiales indispensables para confeccionar el vestido.

CARNELUTTI[6] hace gravitar toda la estructura del derecho procesal en el litigio. Para llegar al concepto del litigio parte del interés, que lo concibe como lo que mueve a una persona hacia determinado bien, en virtud de que este le proporciona la satisfacción de una necesidad. El interés presupone, por tanto, un sujeto y un bien. Cuando dos sujetos persiguen el mismo bien, surge el conflicto de intereses entre ellos, que se transforma en litigio en el supuesto de que la voluntad de uno quiera prevalecer sobre la del otro y este oponga resistencia.

Con fundamento en esas premisas, CARNELUTTI[7] divide las normas en *materiales*, que son las "que componen inmediatamente un conflicto de intereses, imponiendo una obligación y atribuyendo —eventualmente— un derecho (subjetivo), y en *instrumentales*, que lo componen mediatamente, atribuyendo un poder (de componerlo) e imponiendo correlativamente una sujeción" (la bastardilla es del original).

En otras palabras, como lo expresa ALSINA[8], las *normas materiales* resuelven directamente el conflicto de intereses entre las personas, es decir, actúan sobre la litis, reconociendo un derecho e imponiendo una obligación; las *normas instrumentales*, en cambio, disciplinan los requisitos de un acto encaminado a solucionar el conflicto de intereses, o sea, que regulan los medios para dictar la solución e imponerla, atribuyendo al efecto un poder jurídico a determinado sujeto, correlativo a la sujeción de otro.

El propio CARNELUTTI[9] trae ejemplos de una y otra: "la norma material dice: si un fundo está rodeado por otros, deberá dejarle paso a la vía publica el fundo colindante a través del que sea más corto el acceso. La norma instrumental dice, en cambio: si un fundo está rodeado por otros, el juez decidirá cómo haya de tener acceso a la vía pública".

Ciertamente, la concepción carneluttiana ha sido objeto de reparos. Se arguye que la misma norma puede tener simultáneamente el doble carácter de instrumental y material, como sucede precisamente con el ejemplo expuesto por el insigne maestro italiano, por cuanto, conforme lo expresa LINO E. PALACIO[10], en "el caso de ser demandado el propietario del fundo colindante por incumplimiento de la obligación impuesta en la norma, surgirá el poder del juez para componer el conflicto y la eventual sujeción del demandado a lo que la

[6] FRANCESCO CARNELUTTI, *op. cit.*, pág. 44.

[7] *Ibidem*, núm. 19.

[8] HUGO ALSINA, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1963, pág. 37.

[9] FRANCESCO CARNELUTTI, *op. cit.*, págs. 58 y 59.

[10] LINO E. PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pág. 19.

sentencia decida. Y adviértase, así mismo, que en el supuesto de la segunda norma, el ejercicio del poder constituye, como el propio CARNELUTTI lo reconoce, una obligación del juez, a la que corresponde un derecho de las partes".

Se afirma también que hay normas materiales con eficacia instrumental y normas instrumentales con eficacia material. Al efecto —observa ALSINA[11]—, la atribución del poder no siempre se efectúa en favor del órgano judicial, sino que también se hace en favor del individuo, en cuanto le permite determinarse en uno u otro sentido, como sucede con el contrato; entonces, "las normas materiales pueden solucionar el conflicto de dos maneras: protegiendo el interés del individuo independientemente de su voluntad o subordinando esa protección a la voluntad del titular del interés, de tal manera que la obligación nace, se cumple o se extingue en cuanto él lo consienta".

En consecuencia, en ese caso, la norma material tiene eficacia instrumental "en cuanto no solo impone una obligación, sino que reconoce una facultad de determinación del titular. Recíprocamente —expone el mismo autor—, el poder jurídico puede ser libre o vinculado; un ejemplo de poder vinculado lo ofrece el juez, que no solo tiene el deber de hacerlo: es un poder deber. La norma instrumental tiene, en este caso, efecto material en cuanto impone una obligación".

No creemos que las anteriores objeciones sean suficientes para infirmar la concepción de CARNELUTTI, principalmente porque este autor reconoce las interferencias que se presentan entre las dos categorías de normas, a cuyo efecto sostiene que "para llevar a cabo la obligación puede la ley atribuir un poder al titular del interés protegido", mientras que "mediante la actuación del poder y de la sujeción, la ley puede constituir obligaciones y derechos (al ejercicio del poder)[12], pues es incuestionable la existencia de normas que resuelven el conflicto (materiales), mientras otras establecen el modo de resolverlos (instrumentales)", como lo observa el propio ALSINA[13].

De otra parte, para que la clasificación de CARNELUTTI tenga justificación es necesario vincularla a los conceptos de derecho material y procesal, como modalidades de un ordenamiento jurídico, si bien obran en planos diferentes y con distintas funciones.

En efecto, la norma sustancial regula las relaciones entre los individuos, por lo cual origina derechos y obligaciones mientras que la instrumental genera situaciones mas complejas, como es el atribuir a la rama jurisdiccional la potestad de declarar el derecho sustancial y otorgar a los particulares "*los medios*" para concurrir ante el órgano correspondiente y obtener por conducto de estos la solución del litigio.

[11] HUGO ALSINA, *op. cit.*, pág. 38.
[12] FRANCESCO CARNELUTTI, *op. cit.*, pág. 60.
[13] HUGO ALSINA, *op. cit.*, pág. 39.

El derecho procesal es instrumental, por tanto, en razón de que "el proceso —conforme lo sostiene ALSINA[14]— no solo en sí es ya un instrumento para la solución del conflicto, sino porque contiene reglas de conducta encaminadas al mismo fin".

AREAL y FENOCHIETTO[15] al respecto consideran que "son verdaderos «instrumentos» los que ejercitan o soportan los sujetos en el proceso (las partes y el tribunal), así se llamen facultades, derechos, poderes, sujeciones, obligaciones, etc.; es decir, medios para deducir el derecho material en juicio, a fin de que sobre su existencia y modalidades se expida el juzgador".

C) *Formal.* Este distintivo obedece a la clasificación de las normas en sustanciales y formales. Encuentra su fundamento en razones semejantes a las expuestas anteriormente al tratar del carácter instrumental o de medio del derecho procesal, por cuanto, en el fondo, las dos clasificaciones parten de los mismos conceptos.

En efecto, las normas sustanciales regulan las relaciones jurídicas entre los individuos, en tanto que las formales rigen la actividad de la rama jurisdiccional para obtener la efectividad o el reconocimiento de los derechos nacidos de aquellas. Como el derecho procesal está constituido por preceptos que indican la forma como actúan los funcionarios jurisdiccionales en cumplimiento de su función, tiene que concluirse que es de carácter formal. Además, sobresale la condición de formal del derecho procesal, por cuanto no tiene un fin en sí mismo, sino que sirve a otro, como es la aplicación del derecho sustancial.

## 5. RAZÓN DE SER DEL DERECHO PROCESAL

Todo conglomerado social, cualquiera que sea su naturaleza o estructura económica y política, requiere de un ordenamiento positivo que regule las relaciones entre sus componentes en orden a la distribución y goce de los bienes de la vida y a garantizar la integridad personal de los asociados, que es la característica del Estado de derecho.

La posibilidad de que el ordenamiento positivo sea desconocido por los asociados y la consecuente necesidad de obtener su aplicación o actuación para dirimir las controversias o conflictos de intereses que se susciten entre los integrantes de la comunidad y de sancionar las conductas antijurídicas de estos a fin de mantener el orden social, determina la intervención de un tercero, función que se ha atribuido el Estado y realiza por medio de una de sus ramas, llamada judicial en nuestro ordenamiento constitucional.

Como el derecho procesal, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, es el conjunto de normas que regulan la actividad de la rama judicial, su razón de

[14] *Ibidem.*

[15] LEONARDO AREAL y CARLOS FENOCHIETTO, *Manual de derecho procesal*, t. I, Buenos Aires, Edit. La Ley, 1966, pág. 6.

ser, por tanto, es la de servir de medio para la aplicación del derecho material o sustancial y, consecuentemente, que es lo esencial o primordial, propender la conservación de la paz, la armonía y la seguridad social, para evitar así la justicia por propia mano y el predominio del más fuerte.

### 6. Naturaleza del derecho procesal

La naturaleza del derecho procesal estriba en determinar si pertenece al derecho público o al derecho privado.

Son varios los criterios que se toman en consideración para establecer si un ordenamiento positivo es de índole pública o privada. Consideramos que uno de los más completos es el expuesto por Rocco[16], quien estima que es necesario tomar conjuntamente dos aspectos para poder determinar la condición de una norma, a saber: el subjetivo y el objetivo.

A) *El aspecto subjetivo* mira a la calidad de los sujetos entre quienes se constituye determinada relación jurídica. Se sienta como postulado general el de que si tales sujetos son particulares, la norma que regula la relación jurídica entre ellos es de derecho privado; mientras la que vincula a estos con el Estado —por conducto de cualquiera de sus órganos— es de derecho público.

La anterior aseveración, sin embargo, no es absoluta, por cuanto el Estado no siempre actúa en la misma condición. En efecto, el Estado puede obrar investido de soberanía, como sucede cuando dicta normas que reglamentan la conducta de todos o parte de los miembros de la sociedad, en cuyo caso estas disposiciones, incuestionablemente, son de derecho público; pero puede también hacerlo despojado de soberanía, asimilándose a un particular, como cuando toma en arrendamiento o compra un bien para atender sus necesidades, caso en el cual la norma que regula esa situación jurídica pertenece al derecho privado.

B) *El aspecto objetivo* atañe al contenido o materia sobre la cual recae la relación jurídica formada entre los sujetos. Si ese contenido o materia tiene un interés de carácter general, en razón de satisfacer necesidades sociales, las normas que lo regulan son de derecho público; en cambio, si el interés es de índole individual, por cuanto solo se refiere a las partes intervinientes, las disposiciones correspondientes que la reglamentan son de derecho privado.

Aplicando los dos aspectos al derecho procesal, tenemos que, por lo atinente al subjetivo, los sujetos que intervienen están representados, de una parte, por el Estado, que lo hace por conducto de una de sus ramas, como es la jurisdiccional, e investido de soberanía, y, por la otra, la colectividad o el conglomerado social, sujeta a aquel; y, por lo referente al objetivo, el contenido está constituido por intereses de carácter general, puesto que se dirige a preservar la paz y la armonía de la sociedad, por lo cual tiene que concluirse que pertenece al derecho público, como unánimemente lo sostiene la doctrina.

[16] Ugo Rocco, *op. cit.*, págs. 185 y ss.

## Capítulo II

# FUENTES DE DERECHO PROCESAL

## 1. Concepto

Las fuentes son las que originan o producen el derecho procesal y se clasifican en de producción y conocimiento.

A) Las llamadas *de producción* son las que crean u originan el derecho procesal, considerado como una rama autónoma o independiente.

B) Las denominadas *de conocimiento* son aquellas de donde el funcionario judicial obtiene la información necesaria para llevar a cabo su función.

## 2. Fuentes de producción

Las fuentes de producción, por su parte —como lo observa Jaime Guasp[1]—, se dividen en dos grupos, las naturales y las positivas.

A) Las *fuentes naturales* se encuentran en la intrínseca naturaleza humana. Es este derecho el que origina las normas o preceptos legales procesales.

B) Las *fuentes positivas* son las que informan el ordenamiento legal y se dividen en directas e indirectas.

a) Las *fuentes directas* —que también pueden considerarse como *inmediatas*— son las que encierran en sí mismas la norma jurídica y están integradas por la ley —que tiene la calidad de principal— y la costumbre y jurisprudencia —como accesorias—, complementadas con los principios generales del derecho procesal.

La Constitución Política reconoce estas fuentes en su artículo 230 al preceptuar que "los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley", pero luego agrega que "la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

b) Las *fuentes indirectas* —que podemos denominar *mediatas*— no encierran la norma jurídica, pero sí la originan, como acontece con el derecho histórico y el derecho extranjero.

[1] Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, t. i, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, págs. 43 y 44.

Tanto el derecho histórico como el extranjero hacen referencia a las normas procesales nacionales derogadas o a las existentes en otros países, respectivamente, y tiene importancia en el derecho vigente en razón de que este puede haberlas reproducido textualmente o, a lo menos, seguir el criterio adoptado por ellas.

### 3. Fuentes de conocimiento

Las fuentes de conocimiento plasman o concretan las de producción. En otros términos, podemos decir que las fuentes de producción adquieren vida o se materializan en las de conocimiento, las cuales, por su parte, le suministran al funcionario judicial la información necesaria para actuar en el cumplimiento de su función.

De acuerdo con el orden en que corresponda aplicarlas, pueden clasificarse en dos grupos:

A) *La ley* —como dijimos— tiene la condición de fundamental o principal.

B) *La costumbre, la jurisprudencia, los principios generales de derecho procesal y la doctrina* asumen la calidad de fuentes subsidiarias, por cuanto solo tienen aplicación en ausencia de la principal.

## **Sección I.** *Ley procesal*

### 4. Concepto

La ley, en su acepción más amplia, es el conjunto de normas emanadas del órgano o rama del Estado a la que se le ha atribuido esa función, siempre que regulen una conducta de carácter general.

De acuerdo con lo anterior y con base en los dos aspectos característicos de la mencionada definición, la ley puede considerarse desde dos puntos de vista: material y formal.

A) El *formal* considera la rama u órgano del Estado a la cual se le atribuye específicamente la función de dictar la ley. Esta modalidad toma como referencia el aspecto subjetivo y prescinde del objetivo o materia a la cual hace relación la ley. En nuestro ordenamiento positivo esa función radica de manera exclusiva en la rama legislativa del poder público.

B) El *material* atañe o mira al contenido de la ley y le otorga esa calidad a la que contiene una regla general de conducta, como acontece con un códi-

go. Este punto de vista es de carácter objetivo y hace caso omiso del órgano del cual emana la ley.

Se infiere de lo dicho que existen leyes en sentido formal, que no tienen esa calidad desde el punto de vista material, como sucede, v. gr., cuando el Parlamento dispone rendir honores a una persona ilustre. *A contrario sensu*, hay leyes desde el punto de vista material que no lo son en el aspecto formal, como es el decreto mediante el cual se expide un código.

Las consideraciones expuestas solo constituyen criterios previos que nos sirven para determinar cuál es el sentido que corresponde darle al vocablo ley, que no es otro que el material, sin consideración al órgano o rama del poder público del cual emane o provenga, por cuanto es la materia que regule la que le da su calidad.

Se toma, entonces, el término ley como sinónimo de norma o precepto y con referencia a lo que significa desde el punto de vista de la *teoría del proceso*, esto es, como la que regula la rama judicial y la forma como ella actúa para cumplir su función, sin considerar el ordenamiento jurídico donde se encuentre o el órgano del cual provenga.

Es así como en los códigos sustantivos se encuentran disposiciones procesales, como las que regulan la manera de poner por escrito el testamento verbal (C. C., art. 1054), y viceversa, existen normas de carácter sustancial que se encuentran en los códigos de procedimiento, como la que consagra el derecho del prescribiente a que se le reconozca la propiedad adquirida por prescripción (C. de P. C., art. 407, num. 2).

## 5. Clases

La ley procesal, de acuerdo con la materia sobre la cual recaiga o regule, suele clasificarse de la siguiente manera:

A) *Conforme a la estructura*, se distingue en orgánica y procesal propiamente dicha.

a) La *orgánica* regula lo relativo a la organización y estructura o composición de la rama judicial. Puede citarse como ejemplo la que determina la existencia de los diferentes despachos judiciales, la forma de integrarse, etc. (juzgados, tribunales y Corte Suprema de Justicia).

En nuestro medio la Constitución Política de 1991 establece los órganos jerárquicamente más importantes de la rama judicial, como son, entre otros, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, sin que por ello esos preceptos pierdan su condición de normas procesales.

b) La *procesal propiamente dicha* reglamenta lo concerniente a los actos procesales y al procedimiento en general. Tienen esa condición la norma

que fija el período probatorio o el de alegar, la que permite proponer impedimentos procesales o regula la forma de tramitar los recursos, etc.

B) *En relación con los actos procesales*, puede ser material y formal.

a) La *ley procesal material*, conforme al punto de vista que nos ocupa, reglamenta lo relativo a la calidad de los sujetos o personas que producen los actos procesales y al contenido de estos. Pueden citarse las que consagran la forma como las partes actúan en el proceso, esto es, que si son incapaces lo hacen por conducto de su respectivo representante. Así mismo, la que establece la designación de curador *ad litem* para que represente al demandado que se oculta para evitar la notificación del auto admisorio de la demanda.

b) *La ley procesal formal* es la atinente a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que corresponde llevar a cabo los actos procesales. Tiene esta condición la disposición que ordena proferir las sentencias dentro de los cuarenta días siguientes al ingreso del expediente al despacho del juez con tal finalidad; la que establece que determinadas actuaciones se lleven a cabo oralmente, mediante audiencia, como es la recepción de testimonios; la que preceptúa que la inspección judicial se realice en el lugar donde se encuentran las cosas o personas materia de ellas, etc.

C) *Respecto de la fuerza obligatoria*, ley procesal es absoluta o imperativa y dispositiva.

a) *La absoluta o imperativa* es la de forzoso cumplimiento o acatamiento, siempre que se den los presupuestos indispensables que ella misma prevé para su aplicación.

La mayoría de las normas procesales, casi la totalidad, tienen el carácter de absolutas, porque este ordenamiento positivo pertenece —como lo dijimos anteriormente— al derecho público, el cual se caracteriza, precisamente, por su irrenunciabilidad. Son ejemplos de esta clase de disposiciones las que distribuyen el conocimiento de los negocios o procesos entre los diferentes despachos judiciales (competencia), sea en consideración a la naturaleza del asunto que se ventila (civil, penal, laboral, etc.), o en cuanto a otros factores o circunstancias, como la calidad del demandado, el lugar donde se encuentre, el valor de lo que se controvierte, etc.

b) *La dispositiva,* por oposición a la anterior, es la que puede aplicarse o dejarse de aplicar de acuerdo con la actitud que ante determinado acto procesal asuman las partes, siempre, desde luego, que la norma faculte lo uno o lo otro.

Se infiere de lo dicho, que a este tipo de norma es factible considerarla desde dos puntos de vista: positivo y negativo.

a') La de carácter *positivo* solo se aplica cuando alguno o todos los sujetos del proceso realicen determinado acto. Es, en otras palabras, la realización de

un acto por cualquiera de los sujetos la condición indispensable para aplicar la ley procesal que rige determinado aspecto. Acontece con los recursos en general, puesto que solo si se interponen se aplican las normas que regulan el correspondiente trámite.

b') La de índole *negativa* hace referencia a la norma de cuya aplicación puede prescindirse en virtud de acuerdo entre las partes. Ese acuerdo puede ser expreso o tácito.

1. El *acuerdo es expreso* cuando se manifiesta por el mutuo consentimiento de las partes, sea que lo exterioricen individual o conjuntamente. Es el caso contemplado por el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, en donde se faculta a las partes para pedir de común acuerdo que se prescinda del período probatorio y proceda a dictar sentencia con base en las pruebas acompañadas a la demanda y su contestación.

2. El *acuerdo es tácito* cuando se infiere de la conducta adoptada por una de las partes y que consiste en abstenerse de infirmar lo realizado por su contraparte y de lo cual depende la aplicación de la norma. Sucede cuando se demanda a una persona en el lugar que no corresponde y, por tanto, ante el juez que no es competente para conocer del proceso, pero queda facultado para tramitarlo si el demandado no alega esa circunstancia dentro del término del traslado de la demanda, que es la oportunidad señalada para ello.

D) *De acuerdo con la rama del derecho sustancial o material para cuya efectividad sirva de medio*, puede distinguirse en procesal civil, penal, laboral, contencioso administrativa, coactiva, etc.

## 6. Aplicación de la ley procesal

Aplicar la ley o el derecho procesal es la operación que realiza el funcionario judicial a fin de que una disposición o precepto que en abstracto contempla determinada situación obre en el caso concreto que constituye materia de su pronunciamiento o decisión.

Esa operación o actividad —conocida como la *misión del juzgador*— le corresponde al juez llevarla a cabo en cumplimiento de la función que le ha atribuido el Estado en su condición de titular de un órgano integrante de la rama judicial y se concreta al trámite del proceso.

Empero, dicha actividad no se circunscribe a ese aspecto, por cuanto, como lo hemos expresado en repetidas ocasiones, el derecho procesal es solo el medio o instrumento para lograr la aplicación del derecho sustancial o material, por lo cual también le corresponde cumplir esta función de índole primordial, pues a ella se concreta el resultado del proceso, que realiza al resolver la controversia entre las partes mediante la respectiva sentencia.

La operación que realiza el funcionario judicial a fin de aplicar la norma procesal, es esencialmente variable. En efecto, en unas situaciones le basta adaptar el precepto abstracto al caso particular materia de su pronunciamiento, en lo denominado *elección*; en otros, la disposición no encaja con lo que constituye el objeto de la decisión, correspondiéndole entonces desentrañar su sentido, lo cual realiza mediante la *interpretación*; y, finalmente, puede suceder que no exista norma alguna para resolver una petición formulada por cualquiera de las partes, por lo cual tiene que crearla, fenómeno llamado *integración*.

## 7. Elección de la ley procesal

La elección consiste en escoger la norma que regula el caso concreto materia del pronunciamiento judicial, determinando su fuerza imperativa y los problemas que puedan surgir en relación con otras disposiciones.

Una vez que el juzgador encuentra la norma aplicable a la situación sometida a su consideración, procede a efectuar una doble función, conforme lo anota Jaime Guasp[2], a saber:

A) La *formal* que se concreta a depurar la norma de la terminología equivocada que haya utilizado el legislador. Esto no es frecuente, pero puede suceder. Ocurria, por ejemplo, antes de la reforma efectuada por la ley 794 de 2003, en el caso previsto en el artículo 517 del Código de Procedimiento Civil, que reconocía al ejecutante el derecho de solicitar se excluyeran del embargo determinados bienes, por considerarlo excesivo, cuando es en favor del ejecutado que se consagra y quien, por tanto, está legitimado o facultado para surtir esa actuación.

B) La *material* no mira a la redacción de la norma, sino a verificar su validez en relación con la jerarquía que ella ocupa dentro del ordenamiento jurídico nacional y de acuerdo con su vigencia en el espacio y en el tiempo.

a) *Jerarquía*. Por lo que se refiere a la posición del precepto aplicable al caso materia del pronunciamiento judicial en el ordenamiento jurídico nacional, el juez tiene en cuenta que, por encima de los de carácter netamente procesal, están los de índole constitucional, por lo cual, cuando hay contradicción entre uno de aquella naturaleza con otro de esta, prevalece el último.

Lo anterior implica una declaratoria de inconstitucionalidad del precepto procesal, que se denomina *por excepción*, por obrar solo para el caso particular que es objeto del pronunciamiento y con efectos limitados a quienes intervienen como partes en el proceso en donde este se produce, a diferencia de la denominada *declaratoria por acción,* que recae directamente en la norma, quitándole validez definitiva, realizada por el órgano al cual se le ha encomendado la guarda de la Constitución Política.

[2] Jaime Guasp, *op. cit.*, págs. 58 y ss.

La declaratoria de inconstitucionalidad por excepción requiere que se consagre expresamente en la Carta Política, como acontece con la nuestra en el artículo 4º, inciso 1º.

b) *Espacio.* Este aspecto consiste en verificar el territorio dentro del cual la norma tiene vigencia.

Al respecto no se presenta dificultad alguna en los países regidos por el sistema centralista, como el nuestro, por cuanto la norma rige en todo el territorio nacional, esto es, el espacio comprendido dentro de los límites o fronteras, pero sí puede surgir en los que están regidos por el sistema federalista, en donde hay varios códigos para los distintos Estados que lo integran e, inclusive, disposiciones generales de carácter nacional, como acontece en Estados Unidos de América. Entonces, en sistemas de este tipo, obra el aspecto del espacio en cuanto a la aplicación de la norma procesal, porque es necesario determinar si se hace actuar la norma de índole nacional o la del Estado respectivo.

c) *Tiempo.* Atañe a la norma procesal que se aplica cuando entra en vigencia un nuevo código y en razón de los problemas que pueden presentarse respecto a los procesos, por cuanto estos implican etapas o actuaciones que se prolongan en el tiempo.

Al efecto suelen distinguirse tres situaciones: la de los *procesos finalizados*, sea de manera normal o anormal, que conservan su validez y eficacia; la de los *procesos por iniciar o futuros,* que se ciñen en su totalidad a la nueva ley procesal; y, finalmente, l*os procesos pendientes o en curso*, esto es, los que se encuentran en trámite cuando entra en vigencia la nueva ley.

Respecto a los últimos, que son los que entrañan dificultad, existen dos fórmulas propuestas por la doctrina y cuya escogencia determina de manera expresa la ley nueva. Una considera que el proceso continua tramitándose por la ley derogada; la otra propende la adopción de la nueva ley mediante su aplicación a la etapa posterior de la que se encuentra en curso al momento de entrar en vigencia.

Las dos soluciones envuelven dificultades de orden jurídico y práctico. La primera, de continuar con la ley antigua, implica mantener vigente la derogada y la coexistencia de dos normas procesales. La segunda, de acogerse a la nueva ley, no presenta dificultad alguna en lo relativo a la competencia, valoración de la prueba y, en general, actos o situaciones de ejecución instantánea, pero sí respecto del procedimiento propiamente dicho, ya que no siempre es viable pasar a la siguiente etapa, de acuerdo con el nuevo estatuto procesal, particularmente cuando la reforma es sustancial, por lo cual, en algunos casos, dicha fase tiene también que acogerse a la norma derogada a fin de no violar el derecho de defensa o de restarles a las partes oportunidad para realizar ciertos actos.

Puede mencionarse como ejemplo de lo expuesto el caso ocurrido cuando entró en vigencia el actual Código de Procedimiento Civil, el cual adoptó la se-

gunda solución. Las etapas que comprende el proceso declarativo en general, se concretan a la demanda, el auto que la admite, la notificación de esta providencia al demandado y el consiguiente traslado para que la conteste, el período probatorio, el de los alegatos y la sentencia. En el antiguo Código (ley 105 de 1931), el período probatorio estaba dividido en dos fases: una para pedir las pruebas y otra para practicarlas; en el actual (decr. 1400 de 1970), las pruebas se solicitan en la demanda y su contestación, limitándose el período probatorio a la práctica. Entonces, si en dicho proceso está cumpliéndose el traslado de la demanda al entrar en vigencia el nuevo estatuto, no podía la nueva fase acogerse a lo preceptuado por este, pues implicaría quitarles a las partes la facultad de pedir pruebas, por lo cual se imponía surtir el período probatorio de acuerdo con la ley derogada, esto es, dividido en las dos fases para pedirlas y practicarlas, para pasar a la etapa de los alegatos, conforme a lo estatuido por la nueva ley.

En nuestro medio el de mayor aceptación es el de pasar a la nueva ley, consagrado en la actualidad en la mayoría de los códigos, por establecerlo el de Procedimiento Civil (art. 699), el Procesal del Trabajo (art. 154) y el Contencioso Administrativo (art. 266).

## 8. Interpretación de la ley procesal

En su acepción más amplia, la interpretación de la ley procesal puede definirse como la manera en que ella es entendida por los funcionarios encargados de hacerla efectiva.

La interpretación que realiza el juez, modalidad conocida con el nombre de *usual*, implica determinar el alcance o sentido de la norma general cuando se presta a dudas o equívocos frente a una situación concreta, que lleva a cabo por medio de un procedimiento y a fin de obtener un resultado.

A) *Procedimiento*. Se concreta al sistema que utiliza el funcionario judicial. Suelen distinguirse varios sistemas o métodos y, entre ellos, pueden mencionarse los siguientes:

a) El *gramatical* se funda en el tenor o significado literal de las palabras empleadas por el legislador.

b) El *lógico* tiende a desentrañar la intención que tuvo el legislador al proferir la norma.

c) El *sistemático* relaciona las normas o las aúna de acuerdo con la institución que regulen.

d) El *histórico*, considerado por algunos como una modalidad del anterior, se basa en los antecedentes del precepto, sea que se encuentren en el ordenamiento nacional o extranjero, y en las causas que determinaron su adopción.

e) El *teleológico* mira a la finalidad propuesta por la norma y que ha de atribuírsele en un momento dado

f) El *sociológico*, agregado por LEONARDO PRIETO CASTRO[3], se concreta a desentrañar el interés particular que las partes tienen en el resultado del proceso y a cuyo servicio acomodan el interés abstracto consagrado en la ley.

Son incuestionables la importancia y utilidad de los mencionados sistemas o métodos de interpretación, máxime cuando están reconocidos como reglas generales de hermenéutica jurídica, pero no puede olvidarse, como lo advierte MANUEL DE LA PLAZA[4], que por ser el proceso un fenómeno de carácter peculiar y regulado por sus propios principios, son estos los que se han de utilizar preferentemente para aplicar o hacer efectivas las normas dudosas o ambiguas, máxime en nuestro medio, donde existe disposición expresa que, aun cuando se encuentra en el Código de Procedimiento Civil (art. 4º), se hace extensiva a todos los ordenamientos procesales, en razón de que estos disponen llenar sus vacíos con lo que al efecto establezca el mencionado estatuto.

B) *Resultado.* Hace relación con el alcance que el funcionario judicial le otorgue a la norma al efectuar su interpretación. Presenta las siguientes modalidades:

a) *Extensivo*, cuando el sentido es superior a los términos del precepto.

b) *Restrictivo*, inverso al anterior, se presenta cuando el funcionario judicial le da a la norma un contenido inferior al que realmente ella contempla.

c) *Declarativo*, en el supuesto que exista concordancia entre la interpretación y lo previsto por la disposición.

## 9. INTEGRACIÓN DE LA LEY PROCESAL

A) *Concepto.* Hay lugar a integración cuando el funcionario judicial, ante la ausencia de precepto que regule el caso materia del pronunciamiento o actuación, tiene que crearlo.

B) *Causa.* La integración se produce como consecuencia de dos situaciones: ausencia de norma o exceso de ellas.

a) *Ausencia de norma* (*anomia*). Es la integración propiamente dicha y se presenta cuando no existe precepto que contemple la situación objeto de la decisión o actuación jurisdiccional.

En esta modalidad el funcionario judicial tiene dos caminos para verificar la integración: la analogía o la creación propiamente dicha.

a') Analogía. Consiste en hacer extensivo al caso objeto del pronunciamiento o actuación, el precepto que el legislador ha consagrado para otro pa-

[3] LUIS PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968, pág. 258.

[4] MANUEL DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, t. I, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1951, pág. 35.

recido o semejante, como acontecería en aceptar ciertas medidas cautelares de índole personal en el proceso de divorcio, cuando solo se han establecido para el de nulidad de matrimonio, por cuanto las situaciones planteadas en uno y otro son similares y van a producir efectos idénticos, como es el de ponerle fin al vínculo conyugal.

La analogía está consagrada en todas las legislaciones y entre nosotros se encuentra adoptada con carácter general en el artículo 8º de la ley 153 de 1887.

b') La creación propiamente dicha ocurre cuando no existe norma en el ordenamiento procesal que regule casos semejantes, por lo cual el funcionario judicial se convierte en legislador, aunque su función en este aspecto queda limitada a quienes intervienen como partes en el proceso en donde se adopta, por cuanto solo a ellos los cobija.

Al efecto, el funcionario judicial utiliza los principios del derecho constitucional y, subsidiariamente, los del derecho procesal. En ausencia de ambos, recurre a los principios generales de toda ley. En este sentido precisamente se pronuncia el artículo 5º de nuestro Código de Procedimiento Civil, el cual, por tener el carácter supletorio de los otros ordenamientos procesales, se hace extensivo a estos.

b) *Exceso de normas* (*antinomia*). Tiene lugar cuando varias disposiciones regulan el mismo punto y son contrarias o incompatibles entre sí. Para ilustrar este aspecto podemos citar la ley 222 de 1995, que antes de la expedición de la ley 1116 de 2006, en su artículo 90 le atribuía el conocimiento de los procesos concursales, cuando el afectado era una persona jurídica, sin hacer distinción alguna, a la Superintendencia de Sociedades, mientras que si eran esas mismas entidades, pero distintas de las sociedades comerciales, como las corporaciones y fundaciones, el artículo 214 se los asignaba a los jueces civiles de circuito especializados. Había, pues, una doble atribución de competencia con relación a unos mismos sujetos.

La propia ley establece los métodos a seguir para zanjar el exceso de normas. Preceptúa que la norma especial prevalece sobre la general y la posterior sobre la anterior; además, indica el orden que ha de dárseles a los códigos de los diferentes procedimientos o ramas del derecho procesal cuando la contradicción se presenta entre disposiciones de uno y otro.

## **10.** Actuación de la ley procesal

La actuación de la ley consiste en que lo previsto de manera general o abstracta por ella tenga vigencia u obre en un caso particular.

La actuación es el resultado final de las otras operaciones que comprende la aplicación de la ley. En efecto, si la norma es clara, basta elegirla; cuando se presta a dudas o contradicciones, se interpreta; y, si no existe, se crea, para que luego proceda el juez a hacerla obrar por medio del pronunciamiento jurisdiccional.

De lo expuesto se infiere la diferencia que existe entre elección, interpretación e integración de la norma con su actuación. Las tres primeras operaciones son previas, porque necesariamente preceden a la actuación; y generales, en razón de que tienden a obtener un precepto de carácter abstracto. La actuación, en cambio, es consecuente, por ser el resultado de cualquiera de las otras tres; y concreta, por cuanto implica encajar el caso particular dentro del aspecto abstracto que contempla la norma.

## **Sección II**. *La costumbre*

### **11.** CONCEPTO

En general, a la costumbre se la puede definir como el conjunto de actos espontáneos y repetidos que realiza la comunidad en un espacio y tiempo determinados, con la creencia de observar una norma de derecho.

El anterior concepto, sin embargo, no puede aplicarse en el derecho procesal en tan amplia acepción, ya que en este campo el encargado de dirigir y resolver el proceso es el funcionario judicial, y, por tanto, el único sujeto encargado de tomar la costumbre como fuente. Además, como ocurre en alguna modalidad que adopta la costumbre, es requisito esencial que las partes la acepten tácitamente, lo cual tiene lugar cuando estas no impugnan los actos realizados por el juez con exclusivo fundamento en ella.

En consecuencia, a la *costumbre judicial* —que es el calificativo adecuado para designarla cuando constituye fuente del derecho procesal— podemos concebirla como el conjunto de actos o pronunciamientos de índole jurisdiccional que realiza el juez de manera reiterada y espontánea en un lugar y tiempo determinados, con la aquiescencia de las partes, cuando dichos actos o pronunciamientos no están conformes con la norma.

### **12.** MODALIDADES

La costumbre tiene varias modalidades, a saber: *secundum legem, extra legem* y *contra legem*.

A) La *secundum legem* se presenta cuando la misma norma se ha referido a ella, permitiendo su adopción. En este caso, en forma tácita, la costumbre se eleva a la calidad de precepto legal. Acontecería si la ley dijera que la manera de elaborar los autos interlocutorios es la que establezca la costumbre.

B) *Extra legem*, cuando la costumbre se emplea para suplir aspectos secundarios o accesorios en la actuación que corresponde imprimirle al proceso y ante la ausencia de precepto positivo expreso que lo reglamente. Puede mencionarse los despachos, que la ley se limita a consagrarlos como medios de comunicación entre los tribunales y jueces, pero sin mencionar los requisitos de

redacción a que deben ceñirse, por lo cual, entonces, se llenan mediante la costumbre (C. de P. C., art. 111).

Este fenómeno guarda similitud con la integración de la ley, por cuanto ambas implican crear el precepto cuando no existe uno aplicable, pero difieren en su índole y efectos, porque la integración obra únicamente frente a las partes que intervienen en el proceso y para ese caso en particular, mientras que en la *extra legem* la costumbre es general y a fin de suplir cuestiones accesorias o secundarias.

C) *Contra legem* ocurre cuando la norma es reemplazada en la práctica por la costumbre. Decimos que en la práctica, porque la disposición conserva teóricamente su vigencia, pues no se deroga, pero deja de aplicarse para ser sustituida por la costumbre.

Algún sector de la doctrina considera que la costumbre en general no constituye fuente del derecho procesal, por cuanto esta queda limitada a la ley. Particularmente en relación con la modalidad *contra legem* estiman que no es eficaz, puesto que la ley procesal es de forzoso acatamiento u observancia, ya que ella es de derecho público, como lo explicamos en su lugar y lo reconocen los ordenamientos positivos.

Ciertamente este argumento es incuestionable desde el punto de vista jurídico, pero en la práctica no siempre tiene aplicación. En efecto, entre nosotros, por ejemplo, todos los diferentes códigos de procedimiento disponen que la recepción del testimonio debe hacerla directamente el juez, como requisito esencial de la prueba; sin embargo, por el recargo de trabajo y la necesidad de evacuar los procesos rápidamente, muchas veces esa labor la cumple el secretario u otro empleado del órgano judicial.

a) *Requisitos*. Se infiere de lo dicho cuáles son los requisitos indispensables para que la costumbre *contra legem* tenga eficacia, a saber:

a') Que sea introducida por el funcionario judicial, por ser el director del proceso. Se descartan las partes, pues estas se concretan únicamente a formular sus correspondientes pedimentos, cuya viabilidad queda a consideración del juez.

b') Que sea tácitamente aceptada por las partes. Es lógico que si el juez realiza un acto contra expreso precepto legal, las partes pueden impugnarlo, sea para quitarle validez o eficacia. Entonces, si ellas no ejercen este derecho, tácitamente están aceptándolo.

## **Sección III**. *Jurisprudencia*

### **13.** Concepto

En su acepción más amplia la jurisprudencia puede concebirse como la manera en que los funcionarios judiciales entienden la norma o el criterio que sientan al crearla o interpretarla y exponen en las providencias que profieren.

En la anterior definición utilizamos los vocablos *crear* e *interpretar* para referirnos a esas dos operaciones previas a la actuación de la ley, pues cuando estas se imponen es que realmente se sienta jurisprudencia. Se descarta, por tanto, la elección, en la cual —como ya lo expresamos— el juez simplemente se limita a hacer efectiva la norma aplicable al caso materia del pronunciamiento.

## 14. Modalidades

La jurisprudencia es susceptible de clasificarse de acuerdo con el aspecto que se tome como referencia. Distinguimos, desde la perspectiva mencionada, las siguientes:

A) *Respecto del sentido o criterio que se afirme*, puede ser uniforme o contradictoria.

a) *Es uniforme* si el sentido de varias providencias que pronuncia un mismo funcionario judicial u otro (s), en distintas oportunidades y sobre un mismo aspecto, es idéntico.

b) *Es contradictoria* cuando por varias providencias que se profieren en diversas ocasiones por el mismo o por distinto funcionario judicial, resuelven de manera diferente un mismo punto.

B) *En cuanto al acatamiento u observancia*, la jurisprudencia puede ser optativa u obligatoria.

a) *La optativa* es aquella en la cual los funcionarios judiciales, incluso el que la produjo, quedan en libertad de acogerla en situaciones idénticas. Es la imperante en nuestro medio, en el cual, conforme lo preceptuado por el artículo 4º de la ley 169 de 1896, que conserva vigencia dentro de la Constitución de 1991, tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, constituyen doctrina probable y los jueces *podrán* aplicarla en casos análogos, lo que no obsta para que la corporación la varíe, si considera erróneas las decisiones anteriores.

b) *La obligatoria* se presenta cuando el criterio sentado o la interpretación otorgada a la norma en un pronunciamiento judicial no solo cobija a las partes en relación con las cuales se profirió, sino que adquiere un poder coercitivo similar al de la ley.

En esta modalidad el juez o magistrado, al efectuar el pronunciamiento, realiza una doble labor: de una parte, fija la solución al caso concreto que ha sido sometido a su consideración; y, de otra, prácticamente legisla, pues el criterio que adopta es obligatorio acogerlo en el futuro tanto para él como para los demás funcionarios de la rama judicial.

C) *En relación con el órgano judicial* al que se le encomienda la función de sentar jurisprudencia, puede ser exclusiva o generalizada.

a) *Es exclusiva* cuando solo se le otorga esa facultad a determinado órgano, generalmente el de mayor jerarquía dentro de la rama judicial.

b) *Es generalizada* cuando cualquier órgano judicial puede sentar jurisprudencia, sin consideración a la posición que jerárquicamente ocupe dentro de la respectiva rama.

Entre nosotros, aunque de acuerdo con el mencionado artículo 4º de la ley 169 de 1896, se le atribuye a la Corte Suprema de Justicia la facultad de sentar jurisprudencia, la cual es, incuestionablemente, de singular trascendencia, no por ello se le sustrae a otros órganos judiciales, como son los tribunales superiores de distrito, que también sientan pautas de interpretación a los jerárquicamente inferiores, máxime cuando el artículo 230 de la actual Constitución Política preceptúa que en la actividad judicial son criterios auxiliares la equidad, jurisprudencia, doctrina y principios generales.

## **Sección IV**. *Principios generales del derecho procesal*

### **15.** Concepto

Por principio, en su acepción general y de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia es "cada una de las máximas particulares por donde cada cual se rige para sus operaciones". De acuerdo con el autorizado criterio del profesor Hernando Morales[5], son los lineamientos u orientaciones generales que inspiran el ordenamiento procesal. El jurista argentino Clemente A. Díaz[6] con un sentido constitucionalista, donde tienen su asidero, los concibe como "los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional del ordenamiento procesal".

Los principios generales del derecho procesal están consagrados en la Constitución Política y se reiteran expresa o tácitamente en los diferentes códigos. Constituyen no solo criterio adoptado por la norma, que lo distinguen de otros ordenamientos jurídicos, como el sustancial, sino que son base para su interpretación e integración. Es característico de ellos, en razón de su rango constitucional, que tienen un carácter esencial y sirven de rector a las reglas del procedimiento.

### **16.** Clasificación

No es uniforme la doctrina acerca de cuáles son los principios del derecho procesal. Consideramos, con fundamento en los preceptos mencionados en el

[5] Hernando Morales Molina, *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, 11ª ed., Bogotá, Edit. ABC, 1991, pág. 197.

[6] Clemente A. Díaz, *Instituciones de derecho procesal*, Parte general, t. i, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pág. 212.

acápite anterior y siguiendo al maestro DEVIS ECHANDÍA[7], que en nuestro medio pueden reducirse a los siguientes: debido proceso, carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional, necesidad de oír al demandado, sindicado o imputado, igualdad de las partes, trámite adecuado, imparcialidad e independencia de los funcionarios jurisdiccionales, de la verdad procesal, motivación de las sentencias y la cosa juzgada.

Observamos que todos los nombrados tienen sus propias características y, por ende, son independientes, pero tanto la exclusividad de la rama jurisdiccional, como la necesidad de oír al demandado, la igualdad de las partes y el trámite adecuado, constituyen soportes o fundamentos del debido proceso, según el artículo 29 de nuestra actual Constitución Política.

A) *De legalidad o del debido proceso.* Al efecto, nuestra Carta Política de 1991 en su artículo 29, inciso 2º, reproduce textualmente el artículo 26 de la Constitución de 1886, al preceptuar que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Por su parte, el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil establece, precisamente al considerar lo concerniente a la interpretación de la ley, que las dudas "deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes".

De otro lado, el Código de Procedimiento Penal (ley 600 de 2000), en su artículo 6º, al cual denomina *legalidad*, reitera el precepto constitucional al disponer que "nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio".

La ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal, en su artículo 6º con la calificación de *legalidad*, con el mismo criterio, pero en forma más concreta, preceptúa que "Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio".

La Corte Constitucional define el debido proceso "como todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. El derecho al debido proceso —afirma la providencia— es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia. Es el que satis-

[7] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal*. Teoría del proceso, t. I, 2ª ed., Bogotá, Edit. ABC, págs. 35 y ss.

face todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho sustancial"[8].

La Corte Constitucional considera que se viola el debido proceso y, por ello, con fundamento en la acción de tutela, procede la invalidez de la sentencia cuando se presentan, de manera ostensible, uno de estos cuatro defectos:

"a) *Defecto sustancial*, por encontrarse fundada en una norma claramente inaplicable al caso concreto;

"b) *Defecto fáctico*, cuando resulte evidente que el fundamento fáctico o probatorio de la decisión es absolutamente inadecuado;

"c) *Defecto orgánico*, que se produce en aquellos eventos [*sic*] en los cuales el funcionario judicial carece por completo de competencia para resolver el proceso;

"d) *Defecto procedimental*, si el fallador se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones"[9].

B) *Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional.* Este principio significa que la función jurisdiccional solo puede ejercerla el Estado y por conducto de los órganos establecidos a tal efecto.

Precisa distinguir, de acuerdo con la Constitución Política, el significado de los términos jurisdiccional y judicial. El primero se refiere a la facultad de administrar justicia, mientras el segundo a una de las ramas del poder público. La rama judicial es a la que se le atribuye primordialmente el ejercicio de la jurisdicción, pero sin que sea exclusiva de ella, por cuanto también radica en funcionarios de otras ramas, como acontece con el Parlamento cuando juzga al presidente de la república o determinados funcionarios administrativos a quienes se les confía el recaudo ejecutivo de ciertos tributos (jurisdicción coactiva).

Se agrega a lo dicho que en ciertos asuntos la función jurisdiccional no se realiza por funcionarios, en la acepción exacta del vocablo, sino por particulares, quienes, desde luego, quedan investidos de esa calidad mientras llevan a cabo su cometido, como acontece con los jurados de conciencia y los árbitros que integran el tribunal.

Dicha excepción no contraría en forma alguna el principio, pues tiene vigencia precisamente en razón del reconocimiento que la misma ley le ha hecho.

Este principio consideramos tiene como indispensable complemento el de la obligatoriedad, para todos los integrantes de la comunidad, sin distinción de edad, raza, condición, etc., de someterse a la jurisdicción del Estado.

Conviene anotar que la ley procesal ha dividido jerárquicamente la rama judicial y, de acuerdo con esto, se asigna el conocimiento de los procesos. Toma

[8] Corte Constitucional, sent. T. 3668, 12 febrero 1993. Magistrado ponente: Jaime Sanín Greiffenstein.

[9] Cfr. sent. T-1017, 13 diciembre 1999.

como referencia, entre otros aspectos, la calidad de las personas. Esta calidad no mira la edad, el sexo, la raza, etc., sino que estriba en las condiciones en que ella se encontraba cuando se produjo el hecho que es objeto de consideración por la rama judicial. Así, por ejemplo, en el campo penal los senadores de la república son juzgados por el máximo tribunal, que es la Corte Suprema de Justicia. En el civil el conocimiento de ciertos asuntos en los cuales intervienen los agentes diplomáticos acreditados ante el gobierno nacional igualmente le corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Por lo expuesto, se colige que estos criterios no constituyen excepción al principio, porque no hay sustracción de la función jurisdiccional respecto a tales personas, sino que el conocimiento de la correspondiente actuación se atribuye a funcionario especial.

C) *Trámite adecuado u obligatoriedad de los procedimientos.* El derecho procesal, según lo expusimos anteriormente, se divide en diversas ramas, como la civil y la penal, puesto que la naturaleza de cada una de estas exige un tratamiento diferente en cuanto al proceso que corresponde surtir.

Esta diferencia no se presenta solo en dichas ramas, sino que ocurre dentro de algunas de ellas, pues lo que se reclama o ventila en el proceso no siempre es lo mismo. Así, por ejemplo, no es igual el trámite que en el civil se le da a la demanda que pretende obtener el reconocimiento de una deuda contraída por el demandado y la consiguiente condena a pagarla (declarativo), que la tendiente a lograr la cancelación de una obligación (ejecutivo). Entonces, el principio que analizamos implica que se impone acudir al proceso indicado por la ley y dentro de este surtir las diferentes etapas con las modalidades y el orden preceptuado en la norma.

La inobservancia de las formalidades propias del proceso determina la nulidad de la actuación. Sin embargo, esta sanción obra únicamente cuando se viola el derecho de defensa, por cuanto, si la irregularidad no tiene esta connotación, solo puede subsanarse mediante los recursos, so pena que se sanee. Nuestros ordenamientos procesales consagran, precisamente con fundamento en este criterio, las causales que afectan de nulidad la actuación.

D) *Necesidad de oír al demandado.* Consiste en que es indispensable vincular al proceso a la parte contra quien el demandante formula o reclama su pretensión, a fin de que pueda ejercer el derecho de defensa.

El principio se cumple mediante la notificación personal de la primera providencia al demandado o acusado, requisito que le da la calidad de parte y lo habilita para actuar en el proceso.

Dicha primera providencia en el proceso civil y los que siguen sus orientaciones, excluido el penal, está constituida, en los procesos declarativos, por el auto admisorio de la demanda, y, en los ejecutivos, por el mandamiento de pago. En el proceso penal depende de la índole del sistema que adopte, pues

si es el inquisitivo, la vinculación del sindicado en la etapa sumarial se verifica mediante la indagatoria, y, en la causa o juicio, por la notificación del auto de enjuiciamiento; en cambio, en el acusatorio —donde no existe sumario propiamente dicho con intervención de sospechoso— se produce con el conocimiento de la acusación, con la cual se inicia la actuación judicial.

E) *Igualdad de las partes*. Este principio significa que las dos partes, demandante y demandado (civil, laboral, contencioso administrativo, etc.) o el acusador y el acusado (penal) dispongan de las mismas oportunidades para formular sus cargos y descargos y ejercer los derechos tendientes a demostrarlos.

Es así como, por ejemplo, en un proceso declarativo el demandante formula en la demanda su pretensión y el demandado se pronuncia frente a ella dentro del término de traslado que se le corre a continuación de la notificación del auto admisorio. Viene luego el período probatorio para practicar las pruebas solicitadas por las dos partes en la demanda y su contestación. Posteriormente se surte el término para que las partes aleguen, sea individual o conjuntamente. Además, todas las providencias tienen un término común denominado de ejecutoria para que la parte afectada con la decisión pueda impugnarla mediante la proposición de los respectivos recursos.

Se discute si se vulnera este principio por cambiar el criterio aplicable a una misma situación jurídica, sea que lo haya sentado el mismo funcionario o la jurisprudencia emanada de órganos jerárquicamente superiores. La Corte Constitucional considera al respecto que la Carta Política reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley (arts. 228 y 230). Además, la jurisprudencia solo tiene el carácter de auxiliar, excepto la constitucional, que es de obligatoria observancia. En consecuencia, el funcionario puede apartarse en uno u otro caso de lo sostenido, "siempre que justifique de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estaría infringiendo el principio de la igualdad (Const. Pol., art. 13)"[10].

F) *Independencia de los funcionarios jurisdiccionales*. Significa que los funcionarios encargados de ejercer la jurisdicción, particularmente quienes integran la denominada rama judicial, gozan de independencia frente a las restantes que conforman la estructura del Estado, como son la legislativa y la ejecutiva, aunque todas colaboren armónicamente para la realización de sus fines, como lo preceptúa la parte final del inciso 2º del artículo 113 de la actual Constitución Política. Además, fundamentalmente, la independencia, como lo preceptúa el artículo 228 de este ordenamiento, hace referencia a que sus de-

[10] Corte Constitucional, sent. T-12, 21 marzo 1995. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

cisiones no están supeditadas sino a la aplicación de la ley al caso particular sometido a su consideración.

G) *Imparcialidad de los funcionarios jurisdiccionales.* Quiere decir que el funcionario jurisdiccional no tenga vínculo alguno con las partes o interés en el asunto debatido y, por tanto, esté en condiciones de administrar justicia en sentido estricto, vale decir, dándole a cada cual lo cuyo. Se quiere, con este principio, que las decisiones proferidas por el funcionario, y particularmente la definitiva, no estén motivadas o determinadas por circunstancias ajenas a la aplicación de la ley, que la hagan inclinar a favor o en contra de cualquiera de ellas. Para su protección, la norma ha consagrado los impedimentos y las recusaciones, que tienden a separar a los funcionarios del conocimiento de los procesos.

H) *Prevalencia del derecho sustancial.* Incluimos este principio como del derecho procesal, de trascendental importancia, por el respaldo positivo que tiene en nuestro medio, consagrado como norma en el artículo 228 de la actual Carta Política y en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, desde su propia expedición en 1970. Consiste en que el procedimiento esté referido a la aplicación del derecho reclamado por el actor que concurre a la rama judicial en demanda de su reconocimiento. En otros términos, el objetivo o finalidad del proceso está referido a la recta aplicación del derecho sustancial. No implica, en forma alguna, que se sacrifiquen las formas procesales, sino que las irregularidades en que se incurra sean saneadas o subsanadas para impedir que al final se produzcan declaraciones inhibitorias o de nulidad, que hacen ilusorio el derecho material o sustancial reclamado o controvertido.

I) *Buena fe o lealtad procesal.* Algunos tratadistas consideran que estos dos principios son diferentes, pero en verdad se trata más bien de dos manifestaciones del mismo aspecto, por cuanto ambas se refieren a la conducta de las partes y con el fin de obtener la recta administración de justicia.

El principio se concreta a que las partes no utilicen el proceso o las actuaciones de este para lograr fines fraudulentos o dolosos, o alegar hechos contrarios a la realidad, o emplear medios que tiendan a entorpecer la buena marcha del proceso, está consagrado en el artículo 83 y el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política, reiterado en el Código de Procedimiento Civil en el numeral 1 del artículo 71.

Tales actuaciones, entrañan la inobservancia de un deber, y acarrean por ello —según lo explicamos al tratar lo relativo a la naturaleza del proceso— sanciones de tipo patrimonial y también de índole penal que se imponen a la parte y a su apoderado, que expresamente consagran los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil.

J) *Motivación de las sentencias.* Consiste en que el juzgador, en todas las providencias que impliquen pronunciamiento de fondo y en particular en las sentencias, exponga los motivos o argumentos sobre los cuales basa su decisión.

La aplicación de este principio permite que las partes puedan conocer las razones que tiene el juez para tomar la decisión y así ejercer el principio de la impugnación. Aun cuando se suele considerar como regla del procedimiento, incuestionablemente es un principio, por cuanto, por su trascendencia, está consagrado entre nosotros en el artículo 163 de la actual Constitución Política.

## **Sección V.** *Principios rectores del derecho procesal penal*

A) *Clasificación.* Los anteriores principios tienen aplicación en todas las ramas del derecho procesal, incluido, desde luego, el penal, pero en este, por su especial naturaleza, la Constitución Política ha consagrado unos específicos, que el respectivo código califica como "rectores". Se concretan a los siguientes:

B) *La presunción de inocencia.* Como principio fundamental del procedimiento penal está el de presunción de inocencia, más conocido como *in dubio pro reo*, que lo consagra el inciso 2º del artículo 29 de la Constitución y reitera el artículo 7º de dicho ordenamiento, y que consiste en considerar que "toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

C) *Restricción a la declaración.* La Constitución en su artículo 33 consagra el principio de que nadie está obligado "a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

D) *Dignidad humana.* Este principio está consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política, que expresamente así lo califica, y en el artículo 13 ibidem, al preceptuar que no debe existir "ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica"; es reproducido por el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, donde tiene mayor operancia, en razón de afectar a la persona, concretamente con medidas de aseguramiento, al decir que en esa rama los que intervengan en el proceso "serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana".

E) *Intimidad.* Este principio está consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, al establecer que "todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar".

En desarrollo de este principio el Código de Procedimiento Penal regula la forma de efectuar los allanamientos, las incautaciones en el domicilio o residencia, so pena de que las pruebas recaudadas queden sin validez.

F) *Favorabilidad.* Está consagrado en el Código de Procedimiento Penal en el inciso 2º del artículo 6º, al decir que la ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aún cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Según se desprende del texto trascrito, el principio es de índole esencialmente sustancial, por lo que puede considerarse ajeno al tema en consideración, pero tiene operancia en el proceso penal, porque indica la prelación de normas en su aplicación que el juez debe tener en cuenta al decidir el proceso.

## **Sección VI.** *La doctrina*

### 17. Concepto

La doctrina está constituida por lo que exponen los estudiosos del derecho procesal en libros, artículos, conferencias, etc.

La doctrina no solo es rica en el derecho procesal, sino que, gracias a ella, este ordenamiento ha llegado a constituirse en una rama independiente y autónoma del derecho, particularmente del sustancial o material, con el cual, como lo expusimos antes, estuvo ligado por mucho tiempo.

La doctrina es fuente del derecho procesal y útil sobre todo en lo relativo a la interpretación de la ley. Reviste importancia en lo referente a los criterios expuestos por los redactores de los respectivos códigos, por constituir elemento primordial para desentrañar el espíritu, sentido y alcance de los preceptos.

### 18. Evolución

La doctrina ha evolucionado de acuerdo con el aspecto que caracteriza la tendencia imperante en determinado momento. Suele distinguírsele en dos grupos, a saber:

A) *La mayoría de los doctrinantes* agrupa la evolución de la doctrina en cuatro tendencias o etapas, que se concretan a las siguientes:

a) *La exegética*, que se distingue por el simple comentario de la norma.

b) *La de las teorías particulares,* que analiza los diferentes aspectos legales que existen en relación con determinadas instituciones.

c) *Teoría general del proceso de conocimiento*, en la cual el estudio se centraliza en el proceso de conocimiento, esto es, de aquellos en donde la controversia planteada entre las partes recae sobre la existencia o reconocimiento de un derecho.

d) *La teoría general del proceso* ya no se limita al proceso de conocimiento, sino que incluye las otras modalidades que existen y, además, considera los aspectos comunes a todas las ramas en que suele dividirse el derecho procesal.

B) *El segundo grupo*, que tiene como exponentes, entre otros, a LINO E. PALACIO[11] y HERNANDO DEVIS ECHANDÍA[12], las concreta a tres: la exegética, la sistemática y la científica.

a) *La exegética,* de origen francés, consiste en efectuar el comentario de cada norma en particular, generalmente poniéndolo a continuación del artículo del respectivo código.

Representantes de esta escuela han sido GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, MANRESA y REUS, y MANRESA y NAVARRO, en España. En Italia se destacan RICCI y BORSARI, mientras que en Francia se distinguieron GLASSON, GARÇONNET y CÉZAR BRU. Entre nosotros ha sido exponente de ella RESTREPO BARRIENTOS, con sus comentarios al Código Judicial.

b) *La sistemática* se caracteriza por sentar los principios que regulan las diferentes instituciones del derecho procesal mediante un conjunto de reglas básicas, que se concretan principalmente a la acción y el proceso.

Esta corriente tuvo su origen en Alemania a mediados del siglo XIX como consecuencia de la famosa polémica que sobre la acción se planteó entre MÜTHER y WINDSCHEID. En Italia se inicia con GIUSEPPE CHIOVENDA, precisamente a raíz de su famosa conferencia de 1903, en donde expuso su concepto acerca de la acción al considerarla como un derecho potestativo, así como lo concerniente a los presupuestos procesales, cuyos lineamientos ya los había concebido BÜLOW.

Con referencia a una rama particular del derecho procesal, en especial el civil, que es en donde más avance han registrado, pueden citarse, entre otros, GUASP, DE LA PLAZA, PRIETO CASTRO, en España; en Uruguay a EDUARDO J. COUTURE, considerado uno de los principales exponentes; HUGO ALSINA y, recientemente, VÍCTOR DE SANTO en Argentina; en Italia, ROCCO, MICHELI, REDENTI, CALAMANDREI; en México, PALLARES, PINA y LADARRAGA.

En nuestra patria el derecho procesal, principalmente en los últimos tiempos, ha registrado una importante evolución, debido a las varias obras aparecidas sobre las diversas ramas, gracias al entusiasmo que despertó el *Tratado de derecho procesal civil* que publicó en los primeros años de la década del sesenta HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. Podemos mencionar, en el campo civil, a LUIS FELIPE LA TORRE, ANTONIO J. PARDO, HERNANDO MORALES MOLINA, profesor de va-

[11] LINO E. PALACIO, *Manual de derecho procesal civil,* t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, pág. 58.

[12] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Edic. Aguilar, 1966, pág. 33. Puede consultarse la versión publicada recientemente (2009) por Edit. Temis.

rias generaciones y uno de los más importantes procesalistas nacionales; NELSON MORA, ÁLVARO LEAL MORALES, MARCO G. MONROY CABRA, HERNÁN F. LÓPEZ BLANCO, JAIRO PARRA QUIJANO, JUAN GUILLERMO VELÁSQUEZ, PEDRO PABLO CARDONA, JULIO GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, AMPARO A. OVIEDO, BEATRIZ H. QUINTERO, etc. Con aportes en determinados aspectos del procesal civil podemos citar, entre otros, a HUMBERTO MURCIA BALLÉN, JORGE BODENSIEK S., FERNANDO CANOSA TORRADO, LUIS F. CANOSA TORRADO, JOSÉ LUIS BLANCO G., HÉCTOR QUIROGA CUBILLOS, EDGARDO VILLAMIL P., etc.

En el penal, GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, ilustre jurista que también ha hecho aporte importante al derecho probatorio y administrativo, GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, BENJAMÍN IRRAGORI, BERNARDO GAITÁN MAHECHA, RIVAS SACCONI, RAFAEL GUSTAVO MURCIA BALLÉN, JAIME BERNAL CUÉLLAR, etc. En el laboral, ALFONSO MELUK, GREGORIO RODRÍGUEZ CAMARGO, RAFAEL LAFONT PIANETTA, etc. En el contencioso administrativo, MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ y CARLOS BETANCOURT JARAMILLO, DOMINGO CAMPOS RIVERA en el procesal agrario; en el procesal constitucional ÓSCAR JOSÉ DUEÑAS RUIZ, ERNESTO REY CANTOR y JAVIER HENAO HIDRÓN.

c) *La científica* se distingue por el análisis de los principios que informan las instituciones del derecho procesal en su acepción más amplia, sin referirlas a una rama particular, puesto que constituyen los fundamentos esenciales de todas ellas, integrando lo que se denomina teoría general del proceso. Esta tendencia, inclusive, se ha propuesto para ser adoptada legislativamente, destinando un libro a reglamentar los aspectos generales y comunes a todas las ramas y otros para cada una de estas en particular, principalmente civil y penal.

Resalta, con luz propia, FRANCESCO CARNELUTTI, desaparecido a mediados del siglo pasado, pues, aun cuando sus obras se refieren específicamente al civil y al penal, estructura los principios generales de ambos y del derecho procesal en general.

Así mismo, en época reciente en Italia es tratadista importante MAURO CAPPELLETTI, si bien su actividad académica ha discurrido en varias universidades de Estados Unidos (1927-2004). También puede mencionarse a BRISEÑO SIERRA (México); ODERIGO, FENOCHIETTO, CLEMENTE A. DÍAZ, CARLOS J. RUBIANES y ALDO BACRE (Argentina); MANUEL SERRA y CASARINO (Chile); FAIRÉN GUILLÉN y ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE (España); ENRIQUE VÉSCOVI (Uruguay), recientemente fallecido e IVÁN ESCOBAR FORNOS (Nicaragua).

Entre nosotros, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, con su *Tratado de derecho procesal civil*, cuyo tomo I está dedicado a la teoría general, referida a los principios comunes a todas las ramas, y JAIRO PARRA QUIJANO, con un importante estudio sobre los terceros y la prueba. Recientemente BEATRIZ QUINTERO, EUGENIO PRIETO y BENIGNO CABRERA, con obras sobre la teoría del proceso. CARLOS RAMÍREZ ARCILA, quien se ha ocupado, muy pormenorizadamente, de la acción y la pretensión.

Esta tendencia se manifiesta en la legislación y, al efecto, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal elaboró el Proyecto de Código General para América Latina, adoptado en Uruguay mediante la ley 15.982 de 1988 y en España por la ley 1ª de 2000, que mantuvo la denominación de enjuiciamiento civil.

PARTE SEGUNDA

# EL PROCESO

TÍTULO I

# DEL PROCESO EN GENERAL

CAPÍTULO I

## CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL PROCESO

### 1. CONCEPTO

El vocablo *proceso* proviene del latín *processus* o *procedere* que, etimológicamente, significa 'marchar', 'avanzar', 'desarrollar', 'llevar a cabo'. En su acepción corriente puede concebirse como la serie o conjunto de actos que están orientados a lograr un fin determinado.

De acuerdo con lo anterior, el proceso surge en multiplicidad de actividades humanas. Así, por ejemplo, la construcción de un edificio, la elaboración de cualquier producto, etc. Inclusive el hombre, en sí mismo considerado, presenta multiplicidad de procesos: el de la digestión, el de la respiración, el de la circulación, etc.

Jurídicamente, el proceso puede considerarse desde dos puntos de vista: en sentido genérico o de acuerdo con la teoría pura y el propiamente dicho.

A) *Conforme a la teoría pura del derecho* el proceso es el conjunto de actuaciones realizadas por las diferentes ramas del Estado, dirigidas a la creación o aplicación de la norma, sea con carácter general o individual.

Según este criterio, el proceso se clasifica en *legislativo*, *administrativo* y *jurisdiccional*.

B) *El propiamente dicho o en sentido estricto* —que CARNELUTTI, para resaltar el fenómeno, lo denomina *proceso procesal*—, es el conjunto de actos coordinados y sucesivos realizados por los órganos investidos de jurisdicción y los demás sujetos que actúan, con el fin de obtener la aplicación de la ley sustancial o material a un caso concreto o particular.

a) *Características*. En este concepto se resaltan las principales características que distinguen el proceso, a saber:

a') Se dice que es el *conjunto de actos*, en razón de su multiplicidad.

1. Son *coordinados* por cuanto guardan estrecha relación entre sí, puesto que, si bien como tales son independientes, están vinculados por el resultado que persiguen, que es uno mismo y constituido por la sentencia.

2. Son *sucesivos* porque envuelven un orden riguroso, pues uno necesariamente constituye premisa esencial del siguiente, el cual, por su parte, es presupuesto del posterior.

Es así como la estructura fundamental que muestra un proceso declarativo se compone de varias etapas, demarcadas por actos procesales, que se concretan a la demanda, el auto que la admite, la notificación al demandado, el traslado para que la conteste, el período probatorio, los alegatos y el objetivo final, que es la sentencia.

b') El calificativo *órganos investidos de jurisdicción* es más amplio que el de funcionarios judiciales, por cuanto cobija a todos los que no forman parte de esta rama, pero que de manera transitoria pueden ejercerla, como acontece con los jurados de conciencia o los árbitros.

c') Al afirmar que en la realización del proceso actúan *otros sujetos distintos del órgano jurisdiccional,* se destaca la presencia de las partes, que es esencial, así como también la de quienes, una vez iniciado, pueden comparecer, sea de manera permanente o transitoria, en lo que se denomina *intervención de terceros.*

Este aspecto es una de las características del proceso jurisdiccional y que lo diferencia, entre otras cosas, desde luego, del administrativo y el legislativo, puesto que en estos la actividad se surte exclusivamente por los órganos que integran la respectiva rama.

d') Al hacer radicar *la finalidad del proceso jurisdiccional en la aplicación de la ley sustancial o material*, se resalta la calidad de instrumento o medio que este tiene, de acuerdo con lo que expusimos al tratar lo relativo a las características del derecho procesal.

## 2. Procedimiento y juicio

Es preciso hacer claridad conceptual entre varios vocablos de uso frecuente en el derecho procesal, algunos de los cuales se emplean de manera equívoca o como sinónimos de otros. Es corriente, aun dentro de nuestro propio ordenamiento positivo, que para referirse al proceso se utilice el de juicio, como lo hace el Código de Procedimiento penal.

A) *Procedimiento.* Carnelutti[1] fue quien por primera vez hizo la distinción entre proceso y procedimiento, concibió al primero como "la suma de los

[1] Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, t. iv, Buenos Aires, Uteha, 1944, pág. 2.

actos que se realizan para la composición del litigio", y al segundo como "el orden y la sucesión de su realización". "El proceso —nos dice el mismo autor—, es el continente; mientras que el procedimiento es el contenido, por cuanto es posible agotar el proceso mediante un solo procedimiento, pero también el proceso puede comprender varios procedimientos, como acontece con las varias actuaciones e instancias que usualmente lo integran. De manera más objetiva —según lo expresa el insigne maestro—, el proceso puede concebirse como el sistema decimal, mientras que el procedimiento es la decena, el número concreto".

El anterior Código de Procedimiento Civil en su artículo 194, aunque con referencia a este campo, lo definía en forma completa al decir que el procedimiento "regula el modo como deben ventilarse y resolverse los asuntos civiles cuyo conocimiento corresponde al poder judicial".

El procedimiento propiamente dicho —sostiene ALSINA[2], en una concepción más amplia— "no es otra cosa que el conjunto de formalidades a que deben someterse el juez y las partes en la tramitación del proceso. Etimológicamente —continúa— indica la idea de una marcha a seguir (*procedere*, 'avanzar'), y, en efecto, supone una serie de actos cuyo conjunto forma la instancia o proceso, en el que el actor formula sus pretensiones, el demandado opone sus defensas, ambos ofrecen pruebas y el juez dicta sentencia. Su reglamentación —concluye— varía según el tribunal que deba aplicarlo (primera o segunda instancia, judicial o administrativo, civil o penal, etc.), pero respondiendo, en el fondo, a los mismos principios, y de allí que, en muchos casos, se apliquen recíprocamente en forma subsidiaria".

En consecuencia, con fundamento en lo expuesto, podemos afirmar que el procedimiento es la manera como se surten y desarrollan las diferentes etapas y actuaciones que integran el proceso.

B) *El juicio*. El vocablo juicio proviene del latín *iudicium* que, por su parte, deriva del verbo *iudicare*, integrado por *ius*, que significa 'derecho', y *dare* o *dicere*, que quiere decir 'dar', 'declarar', 'aplicar'. En su acepción etimológica, juicio es dar o declarar el derecho.

De diversas maneras exponen los tratadistas su concepto acerca del juicio, pero realmente coinciden en el punto central, que es el de considerarlo como el medio para resolver una controversia o litigio —de acuerdo con la terminología carneluttiana— entre las partes contendientes, la cual debe decidirla el funcionario jurisdiccional.

Se infiere de lo anterior que el juicio parte de la base de la existencia de una controversia o litigio y que ella se someta a la decisión de los funcionarios jurisdiccionales, la cual dirimen mediante una sentencia que, por su parte, implica un proceso, por ser ella el acto resultante de este.

[2] HUGO ALSINA, *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1963.

Empero, no todo proceso y su consiguiente sentencia implica un juicio, por cuanto es factible que, a pesar del enfrentamiento de las partes (demandante y demandado), no medie litigio o controversia entre ellas, por pretender en el fondo el mismo resultado, que solo pueden lograr mediante la intervención judicial. Es el caso, por ejemplo, de la separación de bienes, antes de la vigencia la ley 1ª de 1976, pues no era viable obtenerla de común acuerdo, sino mediante el correspondiente proceso. Además, existe otra clase de procesos en que prácticamente se descarta la presencia del litigio, así tengan la calidad de contenciosos, como acontece con el ejecutivo, donde —descartada la etapa tendente a la discusión del título base del recaudo, que el demandado puede no ejercer (excepciones)— la actuación se concreta a la realización de todos los actos tendentes a obtener la satisfacción plena de la obligación.

## 3. Finalidad del proceso

La doctrina es uniforme en considerar que los fines del proceso tienen una doble variante: los de carácter general, remoto o mediato, y los próximos, inmediatos o específicos.

A) Los *de carácter general,* remoto o mediato, se contraen a un interés de índole común, que atañe a toda la comunidad o conglomerado social, y consiste en la preservación de la armonía y la paz entre los integrantes del grupo, lo cual se logra evitando la justicia por propia mano o de manera directa. Como acertadamente lo dice Guasp[3], el fin normal del proceso es "el mantenimiento de la paz justa o de la justicia pacífica". O, de acuerdo con Carnelutti[4], "paz con justicia podría ser, de ese modo, el lema del derecho procesal. Ni paz sin justicia, ni justicia sin paz".

B) *El de carácter inmediato,* próximo o específico ofrece disparidad de criterios entre los doctrinantes, que pueden agruparse en dos tendencias: la subjetiva y la objetiva.

a) *La teoría subjetiva*, que es la más antigua, se funda en que el fin del proceso es obtener la efectividad del derecho subjetivo reclamado por el demandante cuando es violado, desconocido, o solo existe el simple temor de que pueda llegar a serlo.

De acuerdo con esta concepción, como el derecho subjetivo implica la protección de un interés que es reconocido por el ordenamiento positivo, cuando él se viola o desconoce, el proceso es el medio para que el afectado pueda obtener su reconocimiento o satisfacción. Así, por ejemplo, si el deudor no cumple

[3] Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, t. i, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág. 25.

[4] Francesco Carnelutti, *Cómo se hace un proceso*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997, pág. 25.

su obligación una vez que ella se hace exigible, el acreedor puede obtener el pago mediante el correspondiente proceso ejecutivo. Si el dueño de un predio que necesita salir a la vía pública no puede hacerlo directamente, sino que requiere de la servidumbre respectiva y el propietario del que debe soportarla se niega a aceptarla, puede igualmente acudir al proceso para que el juez la imponga.

b) *La teoría objetiva*, sustentada entre otros por CHIOVENDA[5], considera que el fin del proceso es la actuación de la ley, es decir, la aplicación de la norma sustancial o material al caso concreto que es objeto de decisión en el proceso.

Esta tendencia no implica que el pronunciamiento judicial sea favorable al demandante, por cuanto, como el propio CHIOVENDA[6] lo sostiene, sea fundada o infundada la demanda (pretensión) del actor, la sentencia que la acepta o la rechaza es siempre actuación de la ley, esto es, afirmación de una voluntad positiva o negativa de la ley.

Varias críticas se han hecho a las dos corrientes mencionadas. CHIOVENDA[7], sostiene que el fin del proceso no puede ser la defensa del derecho subjetivo, como lo afirman los sustentadores de esta tendencia, en razón de que "no siempre se encuentra un derecho de esa naturaleza para defender, como ocurre cuando la sentencia niega los pedimentos de la demanda y, además, que si el derecho subjetivo no es sino la expectativa de un bien garantizado por el Estado, el titular del derecho que se dirige al Estado no pide una cosa que afirma tener ya la garantía de su expectación, sino la actuación de esta garantía, que es la ley".

A la objetiva se la censura por considerar que la causa determinante para que el particular concurra ante la rama judicial estriba en la existencia de un interés que requiere protección y porque, como lo sostiene DEVIS ECHANDÍA[8], la simple actuación del derecho objetivo no solo ocurre en el proceso jurisdiccional, sino también en algunas actividades administrativas (asuntos de aguas, baldíos, marcas y patentes, etc.), en las cuales también puede presentarse controversia y, además, es factible que se obtenga voluntariamente, sin proceso.

Por todo lo expuesto, acogemos el punto de vista del maestro DEVIS ECHANDÍA[9], quien estima que las dos tendencias encierran gran parte de verdad, pero no toda, por lo cual es preciso conjugarlas para tener su visión completa. En efecto, afirma dicho autor: "la actuación de la ley (objetivo) no puede ser el fin, sino el medio que utiliza el Estado para resolver la incertidumbre, el desconocimiento o la insatisfacción de los derechos (subjetivo)".

[5] GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, t. I, 3ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, S. A., s/f, pág. 96.

[6] *Ibidem*, pág. 97.

[7] *Ibidem*, pág. 96.

[8] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Edic. Aguilar, 1966, pág. 132.

[9] *Ibidem*, págs. 132 y 133.

**4.** ELEMENTOS DEL PROCESO

Todas las concepciones propuestas acerca del proceso propenden admitir que en este existen varios elementos. Estos elementos, de acuerdo con la concepción de GUASP[10], están constituidos por el subjetivo, el objetivo y la actividad.

A) *El subjetivo* se refiere a los sujetos y considera como tales al funcionario judicial (designado con el vocablo genérico de juez) y a las partes entre quienes se presenta la controversia (demandante y demandado o, si es en el campo penal, acusador y acusado).

Además —como ya lo expusimos—, con posterioridad a la presencia en el proceso de todos los sujetos antes enumerados, pueden comparecer otros, que intervienen, permanente o transitoriamente, adoptando condición semejante a la de las partes, que se denominan *terceros intervinientes*.

B) *El de actividad* está compuesto por los actos procesales, en virtud de los cuales el proceso pasa de una etapa a otra y puede, en consecuencia, iniciarse, desarrollarse y culminar.

C) *El objetivo* atañe al objeto o materia del proceso. No hay acuerdo entre los doctrinantes en relación con lo que constituye el objeto del proceso, pues para unos estriba en el litigio[11], mientras que otros lo hacen residir en la relación jurídica material o sustancial[12].

Consideramos, como lo propone GUASP[13], que el objeto del proceso está constituido por la pretensión, concebida como lo que el demandante reclama frente o a cargo del demandado, la cual, por su parte, lo tiene en la relación jurídica material o sustancial.

[10] JAIME GUASP, *op. cit.*, t. I, pág. 39.

[11] FRANCESCO CARNELUTTI, *op. cit.*, t. II, pág. 3.

[12] LENT, citado por CARL SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968, pág. 13.

[13] JAIME GUASP, *op. cit.*, t. I, pág. 211.

CAPÍTULO II

# NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO

## 1. CONCEPTO

Los estudiosos del derecho procesal han elaborado diferentes teorías para explicar la naturaleza del proceso. Todas esas concepciones no son simples especulaciones, sino que tienen gran importancia, pues determinan el criterio que rige el proceso y son el medio para explicar los distintos aspectos que presenta. Entre las principales teorías están la contractualista, cuasicontractualista, la de la relación jurídica procesal, la de la situación jurídica procesal, la que concibe el proceso como una empresa y la que halla su fundamento en la ley.

## 2. TEORÍA CONTRACTUALISTA

Tuvo origen en el derecho romano y se basó concretamente en la llamada *litis contestatio*, que era una actuación del proceso propia de las dos primeras etapas de su evolución y con la cual terminaba la primera fase y se iniciaba la segunda, constituida por las peticiones o pretensiones del demandante, la actitud que frente a estas asumía el demandado y la designación que hacían para que la controversia continuara su curso ante el árbitro, encargado de dirimirla.

En la *litis contestatio* se creyó ver un acuerdo de voluntades entre el demandante y el demandado, aspecto propio del contrato, en virtud del cual se sometía a un tercero, llamado árbitro, la decisión de la controversia existente entre ellos, quedando el derecho discutido con la calidad de *sublite* e inmodificable hasta cuando se resolviera el asunto.

## 3. TEORÍA CUASICONTRACTUALISTA

Partiendo de los mismos supuestos de la teoría contractualista, ARNAULT DE GUENIVEAU expuso la teoría cuasicontractualista en su obra *Du quesi contrat iudiciaire*, publicada en 1851. Esta concepción estimó que la *litis contestatio* no implicaba un acuerdo de voluntades, que es el distintivo del contrato, entre el demandante y el demandado para que el juez les dirimiera la controversia, y, por ello; se debía determinar dentro de cuál de las fuentes de las obligaciones encajaba. Como no era violación de un precepto o una conducta imprudente,

que encuadrara en el delito o el cuasidelito, quedaba, por eliminación, el cuasicontrato, máxime si su exponente consideró que existía una aquiescencia tácita de parte del demandado al aceptar que la controversia que tenía con el demandante se sometiera a la decisión del árbitro.

### 4. Teoría de la situación jurídica

Fue obra del insigne procesalista alemán Goldschmidt y ha contado con seguidores, particularmente en su país natal, pero duramente criticada por los sustentadores de la teoría de la relación jurídica procesal.

Goldschmidt[1] sostiene que para "el Estado existe el deber de administrar justicia mediante el juez, a quien dicho cargo le impone obligaciones frente al Estado y al ciudadano". La inobservancia de este deber, que tiene su origen en el derecho público, acarrea responsabilidades de carácter civil o penal, las cuales se deciden en proceso separado, destinado a esa finalidad. Correlativamente, las partes se encuentran sujetas a la jurisdicción en virtud de "la relación general que liga al ciudadano con el Estado, siendo igualmente de derecho público"[2].

De otro lado, considera que las normas en general cumplen una función diferente desde el punto de vista estático o extrajudicial y del dinámico o procesal.

Respecto del punto de vista estático o extrajudicial, se manifiesta o representa por los *imperativos*, en los que existe un sujeto, titular de un derecho, que se considera como un poder, frente a otro sujeto, investido de un deber, entendido como sujeción[3]. En el dinámico o procesal desaparecen los imperativos, que son reemplazados por "medidas, según las cuales el juez juzga la conducta y el estado de los ciudadanos", y esto hace que entre las partes nazcan lazos procesales, nexos jurídicos que se constituyen correlativamente entre ellas y se contraen a la expectativa de una sentencia favorable o la perspectiva de una sentencia desfavorable.

Esas expectativas o perspectivas, en relación con la decisión judicial, representan o constituyen *situaciones jurídicas,* que pueden concebirse como el estado en que se encuentra una persona frente a la sentencia judicial que espera se profiera con arreglo a las normas jurídicas[4].

La situación jurídica engendra para las partes nuevas categorías jurídicas de índole o carácter procesal, paralelas a las que existen en el campo material, y que están constituidas por los derechos y las cargas.

[1] James Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, t. i, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pág. 20.

[2] *Ibidem*, t. i, pág. 22.

[3] *Ibidem*, t. i, pág. 51.

[4] *Ibidem*.

A) *Los derechos procesales,* que no tienen la condición que se les asigna en el sentido tradicionalmente concebido, son oportunidades que se manifiestan en varios aspectos, entre los que cabe destacar los que se mencionan a continuación:

a) *La expectativa de una ventaja procesal,* y, en último término, de una sentencia favorable;

b) *La dispensa de carga,* que consiste en liberarse de realizar un acto que ha sido ejecutado por la contraparte (como cuando el demandado acepta algunos hechos de la demanda, susceptibles de confesión, exonerando al demandante de probarlos), y

c) *La posibilidad u ocasión procesal de obtener una ventaja mediante la realización de un acto* (proponer y producir pruebas, posibilidad de negar los hechos de la demanda en su contestación, proponer excepciones, etc.)[5].

B) *Las cargas,* por su parte, se concretan a la realización de un acto para evitar un perjuicio procesal y, en definitiva, la perspectiva de una sentencia desfavorable (comparecer a declarar para que no se le declare confeso, etc.). Desde este punto de vista se habla de la *carga de la prueba,* por cuanto a cada parte le incumbe demostrar los hechos que constituyen supuestos de su pretensión o defensa.

Cabe advertir que los derechos, en cualquiera de sus tres modalidades, no son correlativos de las cargas y carecen de relación con el deber o la obligación de otro. Asimismo, la carga "es un imperativo en interés propio, no existiendo frente a ella un derecho del adversario o el Estado", pues, por el contrario, el adversario no desea otra cosa sino que la parte no se desembarace de su carga de fundamentar, probar, comparecer, etc.[6].

Se observa, en cambio, que existe una relación estrecha entre las cargas procesales y las posibilidades, es decir, los derechos procesales de la misma parte, "porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad con el objeto de prevenir su pérdida. Puede establecerse el principio: la ocasión obliga o, más bien, impone una carga, y la más grave culpa contra sí mismo es dejar pasar la ocasión. Por lo demás, este principio no solo tiene valor en el proceso, sino también en la vida"[7].

## 5. Teoría de la institución

El procesalista español Jaime Guasp elaboró la teoría del proceso como institución, la cual fue seguida en algún tiempo por Eduardo J. Couture, quien

[5] *Ibidem,* t. i, pág. 62.
[6] *Ibidem,* t. i, pág. 73.
[7] *Ibidem,* t. i, pág. 93.

volvió a adoptar la de la relación jurídica, y por el argentino LINO ENRIQUE PALACIO, que actualmente la apoya.

Esta teoría se funda en que "la institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. Hay, pues, dos elementos fundamentales en toda institución: *la idea objetiva o común y las voluntades particulares que se adhieren a la misma;* el primero de estos elementos se halla esencialmente por encima del segundo; aquel, incluso, suele corresponder muchas veces al derecho público; este, al derecho privado o, por lo menos, son de ámbito público y privado, respectivamente, los orígenes de uno y otro".

"Así entendido —continúa GUASP[8]—, el proceso es, por su naturaleza, una verdadera institución. Las voluntades particulares que en el proceso actúan se adhieren todas a esa idea común: lo mismo el juez en su fallo, que el actor en su pretensión, que el demandado en su oposición, tratan de satisfacer la reclamación que engendra el proceso, aunque cada uno de los sujetos procesales entienda de una manera particularmente distinta el contenido concreto que en cada caso debe integrar la satisfacción que se persigue".

El autor de la teoría que comentamos la caracteriza por los siguientes aspectos:

A) *Por la jerarquía de los sujetos,* por cuanto el órgano jurisdiccional se encuentra en un plano superior al que ocupan las partes.

B) *Por el objeto*, puesto que la pretensión, considerada de manera abstracta y no referida a su contenido particular, no puede ser modificada por ninguno de los sujetos.

C) *En cuanto a la actividad,* por ser universal, tanto en el espacio como en el tiempo, en razón de que no reconoce variaciones territoriales y nacen y se extinguen procesos en forma continua, siendo siempre la pretensión, concebida, como dijimos anteriormente, perdurable indefinidamente en el futuro, y elástica respecto de la forma, ya que el proceso se adapta a la realidad, sin estar supeditado a estructuras formales, conforme se acostumbra en el derecho privado.

## 6. TEORÍA DEL PROCESO COMO EMPRESA

Para MARIO A. ODERIGO[9] la teoría contractualista, en su momento, pareció ofrecer grandes ventajas de carácter práctico, porque permitía que todos

[8] JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, t. I, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, págs. 22 y 23.

[9] MARIO A. ODERIGO, *Lecciones de derecho procesal*, t. II, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1971, págs. 14 a 18.

los aspectos relativos al contrato, por ejemplo, la capacidad, el consentimiento, la nulidad, etc., fueran aplicables como normas supletorias al proceso, es decir, para llenar los vacíos dejados por las disposiciones especiales que lo regulan. Igual criterio podría sostenerse respecto de la teoría de la cuasicontractualista, aunque, desde luego, su régimen aprovechable sería más modesto que el contractualista.

Pero no acontece lo propio respecto de las otras concepciones, como la relación jurídica procesal, la situación jurídica y la institución, en virtud de que no existen regímenes correspondientes a ellas que puedan beneficiar al proceso, aunque sí ayudan con los conceptos que sientan, puesto que con ellos puede llegarse a la solución.

Partiendo de ERNST VON BELING, cuando dice que el proceso es actividad, y de GOLDSCHMIDT, quien afirma que en el campo procesal las cosas pasan como en la guerra, el jurista argentino MARIO ODERIGO estima que este fenómeno no debe ubicarse dentro de ninguna de las categorías tradicionales del catálogo jurídico y tampoco se le debe considerar como algo *sui generis*; por el contrario, se debe tratar de encuadrarlo dentro de las figuras que tipifican la vida, a fin de "reconocer al quehacer procesal como una especie de quehacer humano y aprovechar la experiencia acumulada en todos sus demás órdenes".

ODERIGO está de acuerdo con GUASP, para quien "en el proceso existe una idea fundamental y dominante, cuya realización se persigue, y que se ha montado toda una organización al servicio de ella, que nos permite compararlo con las demás formas de vida consistentes en convertir una idea en realidad, mediante una organización".

En consecuencia, como el término institución utilizado por GUASP se presta a equívocos, según lo anota COUTURE, el vocablo adecuado es el de empresa, "en el sentido autorizado de obra o designio llevado a efecto, espacialmente cuando en él intervienen varias personas; porque es la que muestra los dos elementos individualizados: la idea objetiva, y la colaboración organizada que se convierte en realidad"[10]. De otra parte, cuando se considera la estructura del proceso, puede apreciarse que las leyes lo han organizado de igual manera que las empresas públicas o privadas.

## 7. TEORÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL

Esta teoría encuentra su origen en la concepción de la idea expuesta por G. W. F. HEGEL en su *Filosofía del derecho* y estructurada por JEREMÍAS BEN-

[10] EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1958, pág. 133.

THAM. HELLWIG en su obra *Proceso civil*, desarrollada posteriomente por VON BÜLOW en su *Teoría de las excepciones y los presupuestos procesales*, y seguida por GIUSEPPE CHIOVENDA, quien la constituyó como uno de los pilares de su sistema y la expuso en su conferencia magistral de 1903.

Hoy es la teoría que tiene un mayor número de adeptos, entre los cuales se debe mencionar a SIMONCELLI, REDENTI y MORTARA, en la escuela italiana; ROSENBERG y SCHÖNKE, de la alemana; DE LA PLAZA y RAFAEL DE PINA, en España; PALLARES, en México; el maestro EDUARDO J. COUTURE, en Uruguay; HERNANDO DEVIS, HERNANDO MORALES, GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, JAIRO PARRA QUIJANO, HERNÁN FABIO LÓPEZ, MARCO GERARDO MONROY y, en general, todos los doctrinantes, entre nosotros.

La teoría parte del concepto de relación, el cual consiste —conforme su acepción general y el criterio de COUTURE— en la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí, o el vínculo que aproxima una cosa a otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad.

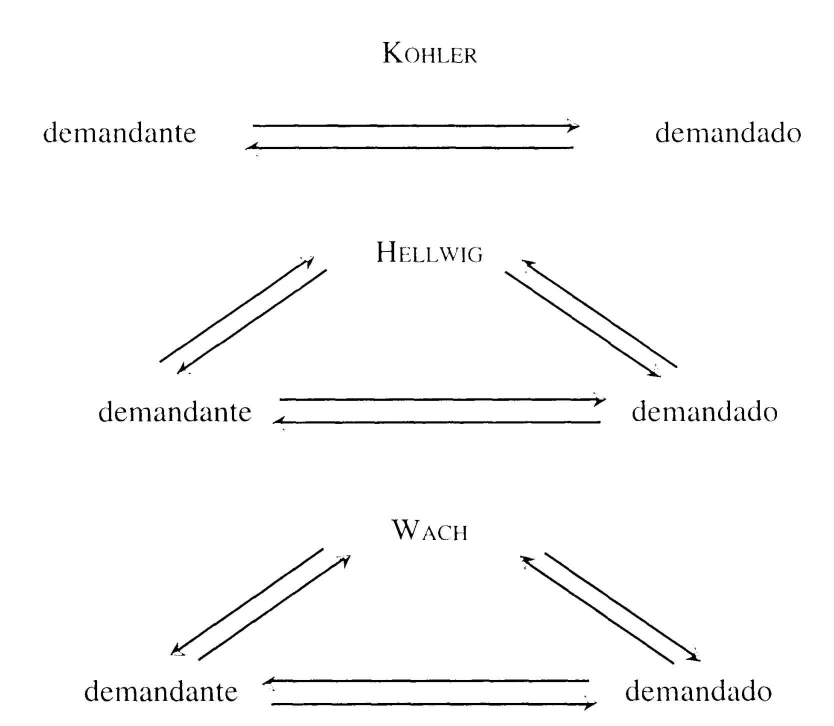
En el campo del proceso —afirma COUTURE— se refiere "al vínculo o ligamento que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales". Esa relación es jurídica porque está regulada por normas positivas.

La teoría de la relación jurídica centraliza sus fundamentos en lo concerniente a los sujetos que intervienen, el contenido, su naturaleza jurídica, su nacimiento, constitución, desarrollo y terminación, expuesta admirablemente por CHIOVENDA[11].

A) *Sujetos*. Se encuentran constituidos, de un lado, por el órgano jurisdiccional y, del otro, por las partes (demandante y demandado). Cualquiera, o ambas partes, pueden estar integradas por varias personas, en cuyo caso configuran lo que se denomina *litisconsorcio*. Además, se incluye a quienes comparezcan al proceso para reclamar su derecho o simplemente para apoyar a cualquiera de las partes, que reciben el nombre de *terceros intervinientes*.

B) *Integración*. No existe uniformidad de criterio entre los sustentadores de esta teoría acerca de la manera como se establece la relación jurídico-procesal. En efecto, para KOHLER se presenta únicamente entre el demandante y el demandado. HELLWIG considera que debe incluirse al juez, por ser esencial, puesto que la relación se integra por medio de él. Para WACH, existe un verdadero triángulo, que se expresa por vínculos recíprocos entre el demandante y el juez, entre este y el demandado, y, por último, entre las dos partes. Gráficamente se representa así:

[11] GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, t. I, 3ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, S. A., págs. 122 y ss.




C) *Contenido.* Según CHIOVENDA[12], el contenido de la relación jurídica procesal está compuesto por el deber fundamental que tiene el juez de proveer las demandas de las partes, o sea, decidir o pronunciarse mediante la respectiva sentencia sobre los pedimentos contenidos en ellas.

Dicho deber, que constituye "el esqueleto de toda relación procesal", implica la realización de todas las actuaciones tendientes a proveer, como es oír a las partes, recepcionar las pruebas, etc., para concretarse en la sentencia, mediante la cual se acepta o rechaza la demanda.

Ese deber, además, no solo forma parte de la relación que vincula al juez con el Estado, sino que se encuentra garantizado con la responsabilidad de carácter civil y penal en que incurre el funcionario por negarse a proveer, aun so pretexto de oscuridad, silencio, contradicción o insuficiencia de la ley.

De otro lado, vista la situación de las partes frente al juez, estas solo tienen el poder jurídico de ponerlo en estado de proveer, es decir, presentar la demanda, a fin de que se dé comienzo al proceso, por cuanto la realización de otros actos, como formular peticiones, proponer incidentes, interponer recursos, solicitar pruebas, etc., son únicamente actividades verificadas en provecho propio y tendentes a evitar consecuencias jurídicas adversas.

Entonces, como esa es la única sanción que existe para las partes por omitir cualquiera de los actos que están en posibilidad de realizar, descartándose, por

[12] GIUSEPPE CHIOVENDA, *op. cit.*, t. I, pág. 124.

tanto, otro diferente y, en particular, la de tipo económico, que caracteriza a la inobservancia de un deber, lo correcto es hablar de *cargas* para calificar la conducta que a ellos corresponde adoptar en el desarrollo de la relación procesal.

En cambio, si las partes actúan, tienen la obligación de hacerlo con lealtad, buena fe y ausencia de temeridad, pues el no acatar estas reglas configura la violación de un deber, que se traduce en la correspondiente responsabilidad civil y penal.

Nuestro ordenamiento positivo dispone que en tales casos el juez debe oficiosamente imponer a la parte responsable la correspondiente condena en perjuicio y costas, y ordenar que se compulsen las copias respectivas para iniciar la investigación penal, en caso de que esa conducta pueda configurar un delito (C. de P. C., arts. 71 y 72).

Se infiere de lo anterior, como afirma ROSENBERG[13], la distinta posición en que se encuentran el juez y las partes en la relación jurídica procesal. Al primero solo se le impone el deber de proveer y de hacerlo conforme al ordenamiento jurídico, para reconocer el derecho a quien le corresponda, mientras que las segundas solo tienen el poder de situar al funcionario en estado de proveer, sin consideración a que sean o no beneficiadas con la decisión que se tome en la sentencia.

D) *Naturaleza*. Los aspectos que caracterizan la naturaleza de la relación jurídico procesal son los siguientes:

a) *Es autónoma*, por cuanto tiene existencia propia e independiente del derecho material que se discute en el proceso y sobre el cual se pronuncia el juez en la sentencia.

b) *Es compleja*, porque contiene un conjunto de derechos y deberes, todos ellos coordinados al fin común, constituido por la aplicación del derecho material que el juez debe efectuar mediante la correspondiente sentencia.

c) *Es de derecho público* porque las disposiciones que la regulan son de esa índole, puesto que se trata de una actividad realizada por una de las ramas del Estado, cual es la judicial.

d) *Es dinámica*, porque se encuentra en continuo movimiento hasta llegar a su terminación, sea de manera normal o anormal, y sin que ello sea óbice para que sufra parálisis o suspensiones.

E) *Constitución*. La relación jurídico procesal nace con la presentación de la demanda y se integra con la vinculación del demandado, lo que se verifica mediante la notificación del auto que la admite.

Pero la demanda por sí sola no le impone al juez el deber de admitirla, por cuanto para ello es indispensable que se den determinados requisitos, los

[13] LEO ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, pág. 8.

cuales se denominan *presupuestos procesales* (jurisdicción, competencia, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer).

En consecuencia, el juez tiene que pronunciarse sobre la procedencia de la demanda e inadmitirla cuando falte cualquiera de los presupuestos procesales, ya que su inobservancia determina, por regla general, nulidad de la actuación.

F) *Desarrollo.* Una vez integrada la relación jurídica procesal, se desarrolla mediante una serie de actividades emanadas tanto del juez como de las partes. Esas actividades están constituidas por los llamados *actos procesales,* que demarcan y se cumplen en las distintas etapas o situaciones jurídicas —como las denomina ROSENBERG[14]— por las cuales necesariamente pasa la relación procesal desde que se inicia hasta que culmina.

La nota característica de las situaciones jurídicas o etapas es la coordinación que existe entre ellas, por cuanto la una es premisa de la siguiente y esta a su vez de la posterior, referidas todas a la sentencia, que es donde encuentran su fundamento.

Por esta razón —afirma el mencionado autor—[15], si la relación procesal no llega a su final, las situaciones o etapas carecen de significado, comparándose con los actos preliminares de un contrato no perfeccionado o con la perspectiva del heredero cuando aún vive el causante.

G) *Crisis.* La relación jurídico procesal puede registrar estancamiento o suspensión, que algunos doctrinantes denominan crisis[16].

Estas crisis se originan en diversas situaciones y ocurren generalmente en el caso de la muerte o enfermedad de alguna de las partes o de sus apoderados, o por la necesidad de esperar que se profiera en otro proceso la correspondiente sentencia y en razón de ser esta básica para la decisión mediante la cual el juez resuelva la controversia.

H) *Transformación.* En el curso de su desarrollo, la relación procesal puede transformarse o cambiarse. Esta transformación, según el elemento sobre el cual recaiga, puede ser objetiva o subjetiva.

a) *La transformación objetiva* ocurre cuando se cambia la materia de la controversia o el litigio. Así, por ejemplo, sucede en el supuesto de que el demandante reforme la demanda, modifique o cambie algunas de las pretensiones inicialmente reclamadas.

b) *La transformación subjetiva* se presenta en el supuesto de que cualquiera de los sujetos de la relación jurídico procesal sea sustituido por otro. Es el caso, v. gr., de que el demandante ceda el derecho litigioso a otra persona, la cual pasa a ocupar el lugar de aquel.

[14] *Ibidem*, t. I, pág. 13.

[15] *Ibidem*, t. I, pág. 14.

[16] FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, pág. 148.

I) *Terminación.* La relación jurídico procesal termina de dos maneras: normal y anormalmente.

a) *La terminación normal* en los declarativos se produce con la sentencia e implica que la relación cumpla todas las etapas o situaciones jurídicas que la ley establece para el desarrollo del proceso. En el ejecutivo, en cambio, culmina con el pago o satisfacción total de la obligación.

b) *La terminación anormal* ocurre al no cumplirse todas las etapas del proceso, por causa de determinados actos que la misma norma contempla, como sucede cuando el demandante *desiste* de la demanda o llega a un acuerdo directo con el demandado, mediante lo que se denomina *transacción.*

## **8.** TEORÍA DE LA LEY

Para SATTA y PODETTI, ninguna de las teorías satisface en forma completa la naturaleza jurídica del proceso, por lo cual consideran que por ser este un fenómeno único en el campo del derecho, debe explicarse de acuerdo con la misma ley que lo ha creado.

Al respecto, el último de los autores citados dice que "tanto el deber derecho de la jurisdicción, como los llamados deberes y derechos de los sujetos o cargas y expectativas para la doctrina de la situación jurídica no emanan de un contrato, de un cuasicontrato, de una relación jurídica simple o compleja o de la aludida situación jurídica, sino de la ley".

## **9.** CRÍTICAS

Varias críticas se le han formulado a las teorías antes expuestas, porque aunque se le reconocen los aspectos positivos que tienen y el aporte hecho a la doctrina procesal, no pueden desconocerse las fallas que presentan, originadas por la naturaleza especial del proceso.

A) *A las teorías contractualista y cuasicontractualista* se les formulan los siguientes reparos:

a) *Porque consideran al proceso como algo de carácter privado,* olvidando que el Estado es el principal interesado en su realización, para lo cual destina una de sus ramas, como es la judicial.

b) *Porque el demandado no queda vinculado al proceso por un acto expreso o tácito de su voluntad, sino contra su querer* y por el solo hecho de que se le indique como tal en la demanda.

B) *A la teoría cuasicontractualista* se le objeta que se fundó en un error, originado en la indebida traducción del texto romano, concretamente del fragmento *De peculio*, el cual no decía *in iudicio quasi contrahibur* (en juicio cuasi

contratamos), sino *nam sicut in stipulaciones contrahibur cum filio, ita iudicio contrahi, proinde non originem iudicii spectandam sed ipsam iudicati velut obligationem* (porque así como en la estipulación se contrata con el hijo, así se contrata en el juicio), es decir, que realmente se refería al contrato[17].

De otra parte —afirma COUTURE—[18], el autor de la teoría, al comparar el artículo 345 del *Code de Procedure* con el artículo 1371 del *Code Civile*, llegó a la conclusión de que el proceso era un cuasicontrato sinalagmático perfecto, omitiendo considerar que las fuentes de las obligaciones, aun en el Código de Napoleón, no eran cuatro, sino cinco, estando constituida la última por la ley, que es, justamente, la que crea las obligaciones que la doctrina estaba buscando y no tuvo en cuenta.

C) *A la teoría de la institución* se la objeta —según el propio COUTURE[19]— por la variedad de significados que encierra ese término, por cuanto se le concibe como fundación, establecimiento, etc., lo que se presta a equívocos. Ciertamente la familia, el Estado, la empresa y, en general, todo aquello que entrañe organización, incluso el proceso, es una institución, pero sin que ese calificativo defina o precise la verdadera naturaleza de este.

D) Respecto a *la teoría de la situación jurídica procesal* —sin desconocer su extraordinaria concepción y el aporte que en muchos de sus aspectos ha hecho al derecho procesal— se le formulan las siguientes críticas:

a) Porque *solo tiene aplicación o eficacia en aquellos procesos en que la conducta del juez es totalmente pasiva*, por limitarse a ser simplemente su director y fallador o juzgador, como ocurre en los regidos por el sistema dispositivo.

b) *Porque no son exclusivas del proceso las expectativas o perspectivas*, por cuanto cualquier situación jurídica que se efectúe en forma sucesiva y cuyos resultados sean producto de lo que realicen o se abstengan de realizar las partes, necesariamente las incluye.

c) Porque —como lo afirman muchos de los sustentadores de la teoría de la relación jurídica procesal, como CHIOVENDA, VON BÜLOW, REDENTI, ROCCO, ALSINA, CALAMANDREI, DE LA PLAZA y DEVIS—, su falla principal estriba en *quitarle a la acción su calidad de derecho del particular, correlativo a la obligación del Estado de prestar la jurisdicción.*

E) *A la teoría de la relación jurídica procesal*, GOLDSCHMIDT —su principal impugnador— la objeta, en primer lugar, por ser estática; en segundo lugar, por hacer caso omiso de las facultades, expectativas, cargas y esperanzas que se derivan del proceso; y, en tercer lugar, porque no es decisiva la prueba

[17] EDUARDO J. COUTURE, *op. cit.*, pág. 131.

[18] *Ibidem.*

[19] *Ibidem*, pág. 142.

de los derechos y obligaciones que de ellos emanan, como sí sucede en la situación jurídica[20].

De otro lado, GUASP afirma que en la relación jurídico procesal "no hay verdaderos derechos y obligaciones procesales y, en segundo lugar, que esos derechos y obligaciones, aunque existan, por el hecho de ser múltiples, exigen la formulación de un concepto superior que los sintetice y que sirva para designar la unidad procesal", dando lugar la primera de estas objeciones a la teoría de la situación jurídica y la segunda a la de la institución[21].

### 10. CONCLUSIONES

De lo expuesto se colige que pasando por alto la teoría de la ley —que realmente no puede calificarse de tal, puesto que no explica el fenómeno— y prescindiendo por entero de la contractualista y cuasicontractualista —hoy totalmente desechadas por las razones que expusimos en su oportunidad—, todas las restantes constituyen aporte muy importante al derecho procesal.

En efecto, no puede desconocerse el derecho de acción (vínculo entre el demandante y el Estado) y su correlativo el derecho de contradicción (vínculo entre el demandado y el Estado), por ser pilares esenciales del derecho procesal y haber sido precisamente el factor determinante de la autonomía de esta rama. Tampoco es factible hacer caso omiso de las relaciones heterogéneas que surgen entre los distintos sujetos del proceso y que permiten su iniciación, desarrollo y culminación.

Esos conceptos, característicos de la relación jurídico procesal, no descartan en modo alguno, sino que, por el contrario, también pregonan la teoría de las cargas procesales, importante aun en los procesos regidos por el sistema inquisitivo, ya que en virtud de ellas no solo se suplen las omisiones del funcionario judicial, sino que son trascendentales en la función que este cumple, particularmente con respecto a la prueba, por cuanto le indican la manera o el sentido en que le corresponde proferir su fallo en el supuesto que en el proceso no aparezcan demostrados los hechos materia de la controversia, pues entonces la decisión es adversa a la parte sobre la cual recae.

Las anteriores razones nos inclinan a acoger la teoría de la relación jurídica procesal, pero sin excluir —puesto que no hay incompatibilidad— la existencia de un criterio rector, donde encuentran su fundamento y razón, representado o constituido, como lo propone GUASP, por la pretensión, ya que esta no solo es el móvil que determina al demandante a instaurar el proceso, sino

[20] JAMES GOLDSCHMIDT, citado por EDUARDO PALLARES, *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Edit. Porrúa, 1956, pág. 546.

[21] JAIME GUASP, *op. cit.*, t. I, pág. 20.

que es el objeto sobre el cual se pronuncia el juez en la sentencia para poder así administrar justicia, que, en últimas, es el fin perseguido por el Estado.

Por lo dicho, preferimos hablar de proceso y no de relación jurídica procesal, y tomar los mismos elementos que lo integran de acuerdo con el concepto del citado maestro español, o sea, sujetos, objeto y actividad, con base en los cuales desarrollaremos nuestro estudio.

## CAPÍTULO III

# CLASIFICACIÓN DEL PROCESO

### 1. CLASES

El proceso es susceptible de clasificarse, de acuerdo con diferentes puntos de vista. Estos se concretan a la rama, según el órgano que lo conoce, conforme a los intereses que se debaten, por la posición que ocupan las partes y en virtud de la clase de pretensión.

### 2. EN CUANTO A LA RAMA

Este punto de vista toma en consideración los diversos ordenamientos de carácter sustancial a los cuales el proceso les sirve de medio o vehículo para su efectividad. Puede hablarse, entonces, de un proceso civil, penal, laboral, coactivo, contencioso-administrativo, etc.

Cada uno de estos procesos tiene su propio ordenamiento positivo, que los regula en su totalidad e integra los códigos, denominados por ello Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, etc.

### 3. DE ACUERDO CON EL ÓRGANO

Toma como referencia el órgano o ente encargado de tramitar y fallar el proceso. Puede ser judicial y arbitral.

A) El *proceso judicial* es el que deciden los funcionarios que integran esta rama del poder público, como son los jueces en general.

Utilizamos el vocablo *judicial*, por ser el empleado por nuestra Constitución Política para referirse a la rama del Estado encargada de administrar justicia. El de jurisdicción, que también menciona la misma Carta, queda referido a los órganos encargados de cumplir la función de administrar justicia, aunque no formen parte de la rama, como acontece con el Senado de la República cuando juzga al presidente de la misma.

B) El *proceso arbitral* es el que conocen particulares, que carecen de jurisdicción, pero que la asumen temporalmente desde que empiezan a ejercer sus funciones hasta cuando profieren la respectiva decisión o fallo (laudo).

Dichos particulares se denominan árbitros e integran el tribunal arbitral. Aun cuando no forman parte de la rama judicial, sí ejercen función jurisdiccional, referida al caso específico para el cual se constituye el tribunal de arbitramento.

El proceso arbitral puede surgir en forma directa o indirecta.

a) El *directo* se presenta cuando se llega a él en virtud de acuerdo celebrado entre las partes (cláusula compromisoria) o bien porque la ley expresamente establece que el asunto materia de la controversia se ventile por esa vía.

En nuestro medio en una oportunidad se estableció el proceso arbitral para dirimir las controversias suscitadas entre socios o de estos con la cooperativa, por asuntos inherentes a esta. Es corriente que en cierto tipo de contratos, como ocurre con las sociedades, en los estatutos se establezca que las diferencias que se presenten entre los socios se decidan mediante tribunal de arbitramento.

b) El *indirecto* ocurre cuando un proceso cursa ante la jurisdicción ordinaria, y las partes, por mutuo acuerdo y por permitirlo la ley, lo sustraen de su conocimiento para pasarlo a los árbitros (compromiso).

Para que proceda esta modalidad no solo es suficiente el acuerdo de las partes, sino que se cumplan determinados requisitos previstos por la norma, como que el asunto materia de la controversia sea de naturaleza incierta (pretensión de conocimiento), susceptible de transacción, los interesados sean capaces y no verse sobre cuestiones relativas al estado civil de las personas.

### 4. Respecto de la posición de las partes

De acuerdo con este aspecto, se mira la actitud o el interés que las partes tienen en relación con la decisión que se tome en la sentencia. Se divide en contencioso y voluntario.

A) *El proceso contencioso* se caracteriza porque entre las partes existe controversia, litigio o intereses encontrados, pero no es necesario que ese enfrentamiento sea real, sino que basta la simple apariencia, por cuanto es factible que, en el fondo, las dos partes persigan los mismos resultados, como ocurre, por ejemplo, en el caso del divorcio en las legislaciones donde no se consagra la causal de mutuo acuerdo.

a) *Características*. Los distintivos de este proceso son los siguientes:

a') *Existe un litigio o enfrentamiento entre las partes*, así sea —como dijimos— en apariencia.

b') *Es imprescindible la presencia de las dos partes*, esto es, el demandante y el demandado. Se habla de partes, constituidas por el demandante y el demandado, por ser los dos titulares del litigio o la controversia.

c') *Media siempre una pretensión*, representada por lo que se pide en la demanda y propuesta por el demandante contra el demandado. La pretensión

es, por ejemplo, el reconocimiento como hijo extramatrimonial, la restitución de un bien en el reivindicatorio o posesorio, el divorcio, nulidad de matrimonio, etc.

d') *El acto inicial del proceso está constituido por la demanda.*

B) En el *proceso voluntario* no existe litigio, controversia o enfrentamiento entre quienes intervienen, aunque pueda suscitarse en algunas ocasiones.

La labor del funcionario judicial en el proceso de jurisdicción voluntaria es más relevante que en el contencioso. La razón de esta aseveración radica en que el proceso contencioso enfrenta criterios, sosteniendo cada uno el suyo y, por tanto, actuando en su defensa; mientras en el voluntario solo se tiende a verificar la existencia de unos presupuestos o requisitos para reconocer un derecho, sin que exista oponente que los controvierta, por lo cual al juez le corresponde cumplir esta función.

a) *Características.* Los distintivos del proceso voluntario son:

a') *No hay presencia de litigio, aunque no se descarta que este pueda presentarse.* Así, v. gr., la sucesión tiene por objeto que se reconozca a las personas llamadas a recoger los bienes del causante, pero es factible que surja controversia acerca de la forma en que ellos deben ser adjudicados. En el proceso tendente a obtener la interdicción por demencia es factible que el presunto interdicto se oponga por considerar que no se encuentra en el estado que determina esa declaración.

b') *No hay partes sino interesado o interesados que reclaman para sí el reconocimiento de un derecho o el cumplimiento de una formalidad para poderlo hacer efectivo.* Es el caso del padre que requiere licencia judicial para poder enajenar los bienes de su hijo.

c') *No se formula pretensión, sino simple solicitud,* puesto que lo que se pide es para sí y no contra otra persona. El distintivo de la pretensión —como lo analizaremos en su lugar— es que la propone una persona contra o frente a otra y la decide una tercera, que es el juez. Entonces, al no presentarse esta situación, en estricto sentido, no existe pretensión y, por tanto, tampoco demanda, que es el medio de formularla.

d') *El acto con que se da comienzo a la actuación no es una demanda, sino una simple petición.* Se funda en lo antes expuesto, en el sentido de que, al no existir pretensión, no hay lugar a demanda propiamente dicha, sino una simple solicitud, lo que no excluye sujetarla a determinadas formalidades, pues es necesario enterar al juez del objeto perseguido y los hechos que lo fundan.

Observamos al respecto que nuestro ordenamiento positivo, por atribuirle los procesos voluntarios a la jurisdicción ordinaria, exige que estos comiencen mediante demanda y que se hable de pretensión y de partes.

En consecuencia, con base en los anteriores distintivos, podemos decir que el proceso voluntario, en sentido estricto, es el que mira a dar efectividad,

integrar o constituir determinados estados o situaciones jurídicas con respecto a uno o varios sujetos y sin que entre ellos medie litigio, a lo menos en apariencia.

### 5. De acuerdo con la naturaleza de la pretensión

Conforme a la pretensión, o sea, según la naturaleza de lo que el demandante reclame en su demanda en contra o frente al demandado, el proceso se puede clasificar en de conocimiento, ejecutivo, cautelar y de liquidación.

### 6. Procesos de conocimiento

A) *Concepto.* El proceso de conocimiento tiene como característica esencial darle certeza al derecho material contenido en la pretensión. Por esto CARNELUTTI[1] lo califica como aquel en el cual la pretensión es incierta o discutida.

B) *Clasificación.* El proceso de conocimiento tiene dos modalidades: el dispositivo y el declarativo.

a) El *proceso dispositivo* se presenta cuando la cuestión debatida carece de una reglamentación legal que le permita al juzgador resolverla, por lo cual debe crear la norma para tal efecto, que adquiere la calidad de ley, pero limitada a las partes entre quienes se toma la decisión; y también cuando, por acordarlo los interesados y admitirlo el ordenamiento positivo, el juez resuelve la controversia en conciencia y no en derecho. Por esta razón se habla *de equidad*, como justicia del juez, en antítesis con la ley, como justicia del legislador[2].

a') *Requisitos.* Para la eficacia de la segunda modalidad, según se infiere de lo expuesto, es indispensable que se cumplan los siguientes requisitos:

1. *Que la ley expresamente permita que el proceso sea decidido en conciencia*, a pesar de existir norma o disposición aplicable al asunto materia de la controversia.

2. *Que las partes así lo acuerden y lo expresen de consuno al funcionario judicial.*

Nuestro Código de Procedimiento Civil permite utilizar esta variante por medio del proceso verbal y en el arbitral (C. de P. C., art. 435, ord. 10 en concordancia con el art. 111 de la ley 446 de 1998, que modificó el art. 1º del decr. 2279 de 1989).

[1] FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, pág. 60.

[2] FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Uthea, 1944, pág. 158; HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal. Teoría del proceso*, t. I, 2ª ed., Bogotá, ABC, 1972, pág. 129.

3. *Que las partes sean capaces y tengan disponibilidad del derecho.* Estos dos requisitos se aúnan, porque no basta uno solo de ellos, sino que se requiere que ambos obren. En efecto, la sola capacidad del sujeto le permite disponer del derecho, pero algunos derechos, por su naturaleza, no son susceptibles de disposición, como acontece con el estado civil.

b) En el *proceso declarativo* el funcionario judicial reconoce la existencia de un derecho o modifica una situación jurídica o impone determinada prestación en favor de una parte y a cargo de otra cuando en el caso particular objeto de la controversia se dan los presupuestos que para ello consagra la ley en abstracto.

En este tipo de proceso el funcionario judicial se concreta a establecer si el asunto sometido a su consideración encuadra en los presupuestos contemplados o exigidos por la norma. Por esto CARNELUTTI[3] sostiene que ese tipo de proceso "tiene por objeto acertar los estados jurídicos, es decir, establece la aplicación obligatoria de las normas".

Este proceso puede ser puro o de simple declaración, constitutivo y de condena.

a') El *proceso declarativo puro* tiende a declarar la existencia (positivo) o inexistencia (negativo) de un derecho. En tal caso la declaración es básica para que el titular del derecho pueda hacerlo valer ante terceros y el demandado, pero sin que implique que a este se le imponga prestación alguna, aunque, desde luego, soporte los efectos o consecuencias jurídicas. Puede citarse el caso de la pertenencia, en donde el juez se concreta a reconocer la prescripción adquisitiva de dominio en favor del demandante.

b') El *proceso declarativo constitutivo* se presenta cuando el pronunciamiento solicitado al órgano judicial entraña la extinción de un derecho o de una relación jurídica sustancial. Dicha extinción envuelve la modificación, por cuanto esta implica que finalice una y surja otra en su lugar.

Los efectos de la sentencia que contenga este tipo de declaración son de dos clases, de acuerdo con el momento a partir del cual se produzcan: *ex nunc*, cuando es desde que se ejecutoría la providencia, como en el divorcio; y *ex tunc*, si obra en relación con el momento en que la situación jurídica surgió, como la resolución de un contrato, en que las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse.

c') El *proceso declarativo de condena* tiende a imponer una prestación u obligación en favor del demandante y a cargo del demandado. Esta declaración comprende dos pronunciamientos: el primero, que se reconozca el hecho o acto generador de la prestación u obligación; y, el segundo, como consecuencia del anterior, que se imponga la prestación u obligación.

[3] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, pág. 160.

Así, por ejemplo, si ocurre un accidente automovilístico, es preciso que el juez reconozca la responsabilidad del demandado y, como secuela o consecuencia, lo condene a pagar los correspondientes perjuicios. Tiene aplicación en el campo penal, en donde la función del juez se concreta a verificar la existencia del delito y su autor, para imponerle la pena respectiva.

### 7. Proceso ejecutivo

A) *Concepto.* El proceso ejecutivo se encamina a obtener la plena satisfacción de una prestación u obligación a favor del demandante y a cargo del demandado, la cual requiere estar contenida en una sentencia declarativa de condena —que es el camino para llegar a él—, o en un documento emanado directamente de las partes, pero que cumple los requisitos exigidos al efecto por la ley.

Carnelutti[4], en forma muy simple y completa, lo concibe como el que tiene una pretensión cierta (no discutida), pero insatisfecha. Es pretensión incierta y, por ende, de índole declarativa, el reconocimiento del hijo extramatrimonial, la resolución de un contrato con base en el incumplimiento de la parte demandada de las obligaciones contraídas, etc.; mientras es cierta y, por tanto, de carácter ejecutivo cuando se pretende obtener el pago de un cheque que no fue cubierto por el banco girado o de la cantidad reconocida por concepto de los perjuicios ocasionados en un accidente, etc.

Este proceso —como se infiere de la definición— parte de un presupuesto esencial, cual es la sentencia declarativa de condena o el documento privado emanado de las partes y contentivo de una prestación u obligación, que se denomina *título ejecutivo*.

Inicialmente solo la sentencia declarativa de condena prestaba mérito ejecutivo, por lo que se consideró ese tipo de proceso como el camino previo para la ejecución; posteriormente se reconoció otro tipo de documentos provenientes del deudor, hasta llegar a extenderlos a todos los que reúnen los requisitos previstos en la ley.

La prestación u obligación cuyo cumplimiento se persigue en el ejecutivo se entiende en su más amplia acepción, esto es, que comprende las de dar (pagar cantidad de dinero o transferir el dominio de un bien, sea cuerpo cierto o determinada cantidad de género), hacer (ejecución de un determinado hecho, como es pintar un cuadro, suscribir la escritura que dé cumplimiento a la promesa de compraventa) o no hacer (abstenerse de realizar algo, por ejemplo, no levantar la pared a más de cierta altura, etc.).

B) *Clasificación.* Suelen efectuarse varias clasificaciones del ejecutivo, según se mire al trámite, la clase de obligación o prestación cuyo cumplimiento se desee obtener y los bienes del deudor que se afecten.

[4] Francesco Carnelutti, *Sistema..., op. cit.*, pág. 77.

a) *Respecto del trámite* y particularmente en cuanto a la forma como se inicia, el ejecutivo puede ser propio e impropio.

a') El *propio* es el que se inicia de manera independiente, sin que tenga que surtirse a continuación de otro, como ocurre, por ejemplo, cuando se va a cobrar un cheque o un título valor en general, el crédito respaldado como garantía hipotecaria, etc.

b') El *impropio* acontece cuando el ejecutivo se inicia a continuación del declarativo de condena y a fin de obtener el cumplimiento de la obligación impuesta en este. Es ejemplo la restitución del inmueble arrendado, en el cual la sentencia impone al demandado la obligación de restituir el bien al demandante, concretándose la ejecución, que se realiza dentro del mismo proceso, a obtener dicha restitución mediante la correspondiente diligencia. Así mismo cuando, como consecuencia de un accidente de tránsito, se condena al demandado a pagar una cantidad determinada de dinero, cuyo recaudo puede obtenerse mediante ejecutivo instaurado a continuación.

b) Por lo *referente a la clase de obligación* cuyo cumplimiento se persigue, el ejecutivo puede ser directo y por equivalencia.

a') El *ejecutivo directo* se da cuando el acreedor tiende a obtener que la obligación se cumpla en la misma forma en que fue contraída, o sea, con la entrega para transferir el dominio de un cuerpo cierto o de una cantidad determinada de bienes de género (dar), la realización del hecho (hacer) y por la destrucción de lo realizado (no hacer).

Este tipo de ejecución, a su vez, presenta dos modalidades: por dación y por transformación.

1. El *ejecutivo por dación* ocurre cuando la obligación que reclama el acreedor es de dar, es decir, que se concreta a que el deudor le entregue un bien mueble, que puede ser un cuerpo cierto o una cantidad determinada de bienes de género, la cual entraña la correspondiente tradición o traspaso del dominio. Se impone, v. gr., cuando se compra un cuadro o un lote de novillos y el vendedor no los entrega en la fecha convenida.

2. El *ejecutivo por transformación* tiene lugar cuando se persigue el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, por cuanto implica una mutación o transformación de la situación de hecho existente. En efecto, la obligación de hacer se cumple realizando el hecho a que se ha obligado el deudor, mientras que la de no hacer se concreta a destruir lo efectuado por él. Así, v. gr., si el deudor se obliga a suscribir la escritura pública mediante la cual cumpla con la promesa de compraventa, el juez la suscribe en su lugar; también cuando levanta la pared a mayor altura de la que estaba obligado a mantenerla, la ejecución se contrae a dejarla en el estado en que se encontraba.

b') *El ejecutivo por equivalencia* consiste en que el acreedor, ante la imposibilidad de lograr que la obligación se cumpla en la misma forma en que

fue contraída o por no tener interés en esto, opta por reclamar, en su lugar, el valor en dinero de los perjuicios compensatorios y moratorios.

Se denomina por equivalencia porque a los perjuicios compensatorios se los considera equivalentes al valor de la obligación y los moratorios obedecen a la demora en cumplirla. Por ejemplo, si se contrata a un solista para hacer una presentación pública y este no concurre, los perjuicios compensatorios están constituidos por la inversión realizada, como es boletería, propaganda, etc., y lo dejado de percibir o ganancias, mientras que los moratorios es el interés que estos hubiesen producido.

Los perjuicios compensatorios y moratorios se determinan, si no están fijados en el título ejecutivo, mediante juramento del acreedor. Como es factible que el acreedor se exceda en la estimación, la ley faculta al deudor para obtener la correspondiente regulación.

c) *Por lo tocante a los bienes que se persiguen en la ejecución y el número de acreedores*, el ejecutivo puede ser singular y concursario.

a') *El ejecutivo singular* se presenta en el supuesto de que uno o varios acreedores pretendan obtener el pago de sus obligaciones y en el proceso afecten con medidas cautelares una parte de los bienes del deudor, por considerar que son suficiente para la satisfacción completa de los créditos. No importa que las cantidades cuya cancelación persiguen los acreedores sean altas, siempre que tengan suficiente respaldo patrimonial. Acontece, por ejemplo, cuando existen tres acreedores reconocidos, cuyos créditos, en total, arrojen veinte millones de pesos, y los bienes de deudor valen treinta millones o más.

b') El *ejecutivo concursario* ocurre cuando varios acreedores en un mismo proceso afectan con medidas cautelares (embargo y secuestro) todos los bienes del deudor y de acuerdo con un avalúo de estos y la liquidación de los créditos, resulta que el pasivo es superior al activo. Hay, pues, una confrontación entre el activo y el pasivo total del deudor, de la cual aparece que los bienes son insuficientes para atender los créditos.

De lo expuesto se infieren los requisitos indispensables que deben cumplirse para que se presente el ejecutivo concursario, a saber:

1. *Que los acreedores del mismo deudor y en un solo proceso persigan la cancelación de sus respectivos créditos.* Al hablar de pluralidad de acreedores implica que en el ejecutivo instaurado por uno cualquiera de ellos concurran los demás o bien que cada uno instaure su propio proceso y luego intervengan los restantes.

2. *Que se afecten con medidas cautelares todos los bienes del deudor y sean insuficientes para atender tales obligaciones*, por lo cual deben pagarse de acuerdo con la prelación legal o, a falta de ella, de manera proporcional.

Aunque el ejecutivo concursario, denominado quiebra cuando afecta a los comerciantes y concurso de acreedores si el deudor es civil, era reconocido en

nuestro ordenamiento mercantil y en el Código de Procedimiento Civil, respectivamente, recogiendo lo que había sido tradicional, inclusive en las legislaciones extranjeras, la ley 222 de 1995 adoptó en reemplazo de uno y otro la liquidación obligatoria, y luego la ley 1116 de 2006, la liquidación judicial, lo cual obedeció a que se dirigen a determinar los bienes del afectado y cancelar los créditos u obligaciones que lo gravan.

## 8. Proceso cautelar

A) *Concepto.* El proceso cautelar puede concebirse como el conjunto de actuaciones que tienden a garantizar los resultados que se persiguen en otro. En términos más sencillos, evitar que los resultados perseguidos en un proceso sean ilusorios o ineficaces.

El proceso cautelar fue producto del criterio expuesto por Carnelutti[5], quien consideró que adoptaba esa calidad por no corresponder a ninguna de las dos grandes modalidades que presenta el proceso, como es el de conocimiento y el ejecutivo, y tampoco encajar en la actuación incidental.

Esa concepción, que tiene respaldo doctrinario en nuestro medio, ofrece reparos, por cuanto, aunque el proceso cautelar tiene, en cierto sentido, una actuación independiente, presentan limitaciones por estar condicionadas, de una parte, al proceso del cual son accesorias, y, de otra, carecer de pretensión propia[6].

Por lo anterior, algunos no ubican la pretensión del proceso cautelar en el derecho subjetivo sobre el cual versa la controversia, sino en la obtención de un efecto de índole netamente procesal, criterio que se ajusta más a la realidad del fenómeno[7].

Nuestro ordenamiento procesal civil no acoge el término de proceso cautelar, sino que habla de medidas cautelares, dándoles una regulación independiente, por la operancia que tienen en varios procesos, lo cual no significa que a ellas se limiten, pues también reconoce otras para algunos procesos en particular, que regula en la parte pertinente de ellos.

Las medidas cautelares tiene la misma estructura del proceso, aun cuando las etapas, por su naturaleza, tienen un trámite diferente del general, por cuanto es necesario practicarlas de inmediato para que produzcan sus efectos,

[5] Francesco Carnelutti, *Derecho y proceso*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pág. 213; Francesco Carnelutti, *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, pág. 62.

[6] Hernando Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, t. i, Teoría general del proceso, Bogotá, ABC, 1972, pág. 134; Hernando Morales Molina, *Curso de derecho procesal civil*, parte general, 11ª ed., Bogotá, ABC, 1991, pág. 196; Jairo Parra Quijano, *Derecho procesal civil*, parte general, t. i, Bogotá, Edit. Temis, 1992, pág. 92.

[7] Gian Antonio Micheli, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970, t. i, págs. 80 y 81.

sin que se excluya la posibilidad de que el afectado los controvierta para cumplir con el principio del debido proceso.

En efecto, las etapas del proceso cautelar están constituidas por la proposición, ordenación, práctica, contradicción y terminación. Para la contradicción es preciso vincular a la parte afectada, lo que se obtiene, por regla general, cuando es previa, con posterioridad a la ordenación y ráctica, y le permite a la persona afectada controvertir la validez y eficacia de la medida.

B) *Características*. Según se colige de lo dicho, el proceso cautelar tiene las siguientes características:

a) *Es accesorio*, puesto que está condicionado o supeditado a la existencia de otro, y corre, por tanto, la misma suerte de este.

Lo dicho no excluye la relativa autonomía de la cautela, por cuanto su procedencia se sujeta a unos requisitos propios e igualmente es factible que termine por causas inherentes a ella, aunque el proceso en el cual tiene operancia continúe su curso. Acontece, por ejemplo, en el secuestro en el proceso ejecutivo, que es susceptible de levantarse a instancia del poseedor del bien, determinando la finalización de la otra medida cautelar, como es el embargo, pero sin que se afecte la ejecución.

b) *Es el medio o instrumento para obtener que los resultados perseguidos en el proceso principal sean efectivos*. El proceso, por sí mismo, no logra sus objetivos sino al producirse la decisión definitiva, pero para que esta sea operante o efectiva se utilizan las cautelas. De nada vale surtir un proceso y obtener el reconocimiento del derecho reclamado, si no es posible hacerlo efectivo.

c) Es *preventivo*, por cuanto —como anota COUTURE[8]— "no juzgan ni prejuzgan sobre el derecho del peticionante, su extensión debe limitarse a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos y futuros".

d) Es *taxativo* —según lo observa LÓPEZ BLANCO[9]— por obrar solo en los casos establecidos de manera expresa por la ley, con lo cual ratifica lo dicho por LIEBMAN[10]: "las acciones cautelares son típicas y no se pueden pedir providencias cautelares diversas de las expresamente establecidas por la ley, ni en casos diversos de aquellos para cada uno de ellas previstas".

Lo dicho no significa que la cautela tenga siempre que practicarse en la forma dispuesta por la norma, por cuanto hay situaciones en que la propia disposición le otorga discrecionalidad al funcionario judicial, lo cual obedece a la naturaleza de la medida. Acontece en la interdicción del demente, en que

[8] EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Edic. Depalma, 1962, pág. 326.

[9] HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. I, parte general, 6ª ed., Santa Fe de Bogotá, ABC, 1993, pág. 836.

el artículo 659, numeral 6, permite al juez decretar las medidas de carácter personal que considere necesarias.

C) *Clasificación.* a) *De acuerdo con los efectos que produzca* en la situación existente, se divide en innovatorio y conservatorio.

a') El *innovatorio* modifica o varía las circunstancias presentadas en el momento de instaurarse o proponerse el proceso principal, como sucede con la separación de los cónyuges y el depósito de los hijos en el divorcio, la detención preventiva del sindicado en el proceso penal, etc.

b') El *conservatorio* se presenta en el caso de que mantenga o preserve las condiciones de hecho existentes con antelación al proceso principal, como acontece con el embargo y secuestro de bienes, que evitan que estos se sustraigan del patrimonio de la persona contra quien se dirigen tales medidas.

b) *Según el objeto sobre el cual recaiga*, puede ser personal y real.

a') El *personal* es el que recae o versa sobre personas, como ocurre en el divorcio con la separación de los cónyuges, mencionada anteriormente.

b') El *real* afecta a los bienes y es el de mayor operancia, particularmente en procesos como el ejecutivo, constituido por el embargo y secuestro de los bienes del deudor para obtener la liquidez necesaria y satisfacer el crédito del ejecutante.

Importante sector de la doctrina incluye el *probatorio,* constituido por las pruebas anticipadas, que son las practicadas con antelación al proceso y tendientes a establecer los hechos existentes en ese momento y asegurar las que posteriormente no podrían recaudarse o, a lo menos, de difícil recepción en la oportunidad destinada para ello en el curso del proceso[11]. Como ejemplos para ilustrar lo expuesto puede citarse la inspección judicial para establecer el derrumbe de una construcción con el objeto de establecer los daños causados y reclamar posteriormente la indemnización a que haya lugar. Así mismo, cuando para establecer los hechos la prueba esencial está constituida por un testimonio, pues puede pedirse la declaración anticipada si el testigo está en grave estado de salud, que haga improbable su existencia en la oportunidad procesal correspondiente.

No compartimos este punto de vista, por las razones que fundadamente expone QUIROGA CUBILLOS, consistentes, en primer lugar, en que la cautela persigue asegurar los efectos de una sentencia futura, mientras la prueba anticipada concierne al fondo de la decisión; en segundo lugar, que la cautela no puede tener existencia separada del proceso principal, aunque es susceptible de prac-

[10] ENRICO TULIO LIEBMAN, *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, pág. 163.

[11] EDUARDO GARCÍA SARMIENTO, *Medidas cautelares*, Bogotá, Edit. Foro de la Justicia, 1981, pág. 17. En la 2ª ed., Bogotá, Temis-Ediciones Jurídicas Radar, 2005, pág. 17.

ticarla como medida previa; en tercer lugar, la cautela está supeditada a una sentencia futura, cumpliendo su función una vez que esta se dicta, al paso que la prueba anticipada está supeditada a una demanda; en cuarto, la cautela tiene como fundamento el *periculum in mora* o el peligro de la demora en tramitar el proceso y proteger el derecho del demandante, mientras la prueba anticipada es preventiva, pero no protege el derecho, sino la tardanza en recaudarla; y, finalmente, en quinto, la prueba anticipada puede no tener fines judiciales, mientras el fin de las cautelas es procesal[12].

D) *Requisitos*. Para la viabilidad de la cautela es indispensable cumplir determinados requisitos, los cuales, de acuerdo con nuestro ordenamiento positivo, pueden concretarse a los siguientes:

a) *Garantía*. La cautela puede ocasionar perjuicios a la parte contra quien se dirijan en caso que esta obtenga en el proceso una decisión favorable. Para garantizar el pago de esos perjuicios la norma establece como requisito para la procedencia de la cautela una garantía, representada por una caución, en cualquiera de las modalidades que esta ofrece, como es real (hipoteca), personal (fianza), etc. El embargo en un proceso declarativo pone los bienes fuera del comercio e impide a su titular realizar cualquier tipo de acto dispositivo. Entonces, si la medida le impidió al afectado con ella constituir una hipoteca para efectuar una inversión que le producía ganancia y obtiene una decisión favorable en el proceso, es incuestionable que esto entraña un perjuicio, que debe serle indemnizado.

Desde luego que la exigencia de la garantía no puede quedar a consideración del juez, pues es la norma la que establece cuándo es necesario prestarla. Así mismo, la norma dispone cuál es la clase de garantía que el interesado está obligado a prestar para que proceda la cautela. Queda a la discrecionalidad del juzgador fijar el monto de la garantía, susceptible de modificarse a instancia de las partes.

Las cautelas no siempre producen perjuicios, lo que ocurre generalmente cuando son de carácter personal, por lo cual la norma para su procedencia no exige la constitución de garantía. Así, v. gr., la separación de los cónyuges en un proceso de divorcio, el depósito de los hijos, etc., son medidas necesarias, que no perjudican patrimonialmente a las personas contra quienes se dirigen, sino que, por el contrario, persiguen ponerle término a una situación que realmente las afecta.

b) *Calidad del derecho*. La cautela se consagra como actuación accesoria para garantizar los resultados de otro proceso, según lo hemos expuesto anteriormente. Esto implica que la procedencia de las cautelas queda condicionada a esa clase de proceso. Así, por ejemplo, el embargo y secuestro están

[12] HÉCTOR QUIROGA CUBILLOS, *Procesos y medidas cautelares*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Okey, 1991, pág. 25.

previstos, entre otros casos, en el ejecutivo, por las razones ya anotadas. Así mismo la separación de los cónyuges procede en procesos en los cuales se ventila el divorcio, la nulidad de matrimonio o la separación de cuerpos.

Empero, no es solo que el proceso permita como actuación accesoria la cautela, sino que, además, en ciertos casos es necesario cumplir otras formalidades adicionales para su procedencia. En el proceso ejecutivo —como lo hemos dicho— es indispensable efectuar el embargo y secuestro de bienes. Empero, si ese embargo y secuestro desea llevarlo a cabo el acreedor como medida previa, con antelación a la vinculación del ejecutado al proceso, es indispensable que la ejecución sea procedente, vale decir, el título base del recaudo sea idóneo para reclamar la obligación y solo le falte la notificación de la cesión o el requerimiento para constituir en mora al deudor.

E) *Naturaleza*. La doctrina es uniforme en el sentido de considerar el objeto de la cautela como el medio para garantizar los resultados del proceso, que puede resumirse en esta afortunada frase de PARRA QUIJANO: "el derecho a una medida provisoria deriva del derecho a una protección jurídica efectiva"[13].

Discrepa la doctrina en las causas que determinan o fundan ese objetivo, pues para unos es mantener el equilibrio inicial de las partes[14], mientras otros la hacen consistir en la necesidad de conservar su igualdad[15]. Creemos que esas dos tendencias constituyen planteamientos de un mismo criterio, por cuanto lo que realmente funda la cautela es obtener una efectiva administración de justicia, lo cual implica que las partes tengan idénticas posibilidades y derechos y, fundamentalmente, que la decisión definitiva sea operante.

## 9. PROCESO DE LIQUIDACIÓN

El proceso de liquidación se contrae a determinar los bienes que integran un patrimonio (activo), las deudas que lo afectan (pasivo), las personas llamadas a recogerlos y la proporción en que se les debe adjudicar.

Este proceso, descuidado en cierta forma por la doctrina, pero regulado expresamente por los ordenamientos positivos, se presenta en las sucesiones, liquidación de sociedades civiles o comerciales y la sociedad conyugal. En nuestro medio —como se observó— fue adoptado en reemplazo de la quiebra y el concurso de acreedores por virtud de la ley 222 de 1995 y luego por la ley 1116 de 2006, la cual no solo tiene la condición de obligatoria, esto es, de imperiosa aplicación, sino universal, por recaer sobre todos los bienes que integran el patrimonio del deudor afectado con ella.

[13] JAIRO PARRA QUIJANO, *op. cit.*, pág. 91.

[14] FRANCESCO CARNELUTTI, *Derecho y proceso*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pág. 415.

[15] SANTIAGO FASSI, *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1971, pág. 239.

**10.** Según el trámite

De acuerdo con el trámite o procedimiento que se debe seguir, el proceso se clasifica en *especial* y *ordinario*.

A) El *proceso especial* es el que tiene un trámite propio en razón de la naturaleza o clase de la pretensión debatida. Esto ocurre, por ejemplo, con el proceso de deslinde y amojonamiento, cuyo objetivo exige una actuación muy propia, constituida por la diligencia, en la cual el juez, después de analizar las pruebas, fija la línea divisoria de los predios y hace la demarcación correspondiente.

B) El *proceso ordinario* es el previsto para ventilar todos aquellos asuntos o pretensiones a los cuales la ley no les ha señalado una vía especial. En todas las ramas del derecho procesal existe un proceso de esta naturaleza, que se considera como tipo, al cual se acude en aquellos casos en que la norma expresamente así lo indique, o bien cuando ella guarda silencio al respecto. Así, por ejemplo, en el campo civil se decide por el ordinario la reivindicación, la resolución de un contrato, la rescisión por lesión enorme, etc., que carecen de una vía especial. También se ventila por el ordinario la pertenencia que regula el Código de Procedimiento Civil en su artículo 407, en razón de habérsele asignado expresamente esa vía.

## CAPÍTULO IV

# REGLAS Y SISTEMAS DEL PROCEDIMIENTO

## **Sección I**. *Principios*

### **1.** CONCEPTO

Quienes nos formamos en la época del maestro DEVIS ECHANDÍA, siguiendo los lineamientos que trazó en sus obras, empleamos el calificativo de principios para referirnos a los que realmente son reglas o técnicas

En efecto, los principios, como lo anotamos, son criterios o máximas de carácter general, de forzoso acatamiento, por cuanto tienen su soporte en la Constitución Política, mientras que, según el concepto de la Real Academia, la técnica es el conjunto de procedimientos que sirven a una ciencia, y la regla el modo de ejecutar o el método de hacer una operación.

Por lo anterior, consideramos que se ajusta más al fenómeno el calificativo de regla, por cuanto considera la forma como se rigen las diferentes actuaciones particulares o concretas que integran el procedimiento, las cuales, aunque revisten obligatoriedad, carecen de la fuerza vinculante que tienen los principios, porque son variables e, inclusive, algunas concurren con su opuesto, como es la de oralidad y la de escritura.

Existe abundante número de reglas y su adopción obedece al momento histórico y el sistema político imperante en cada país, según lo expondremos al tratar de la historia del proceso.

### **2.** CLASIFICACIÓN

Suelen distinguirse como reglas de procedimiento la valoración de la prueba, el medio probatorio, la publicidad, la contradicción, la preclusión, el impulso procesal, la adquisición, la inmediación, la economía procesal, la probidad, la impugnación, la congruencia, la motivación de las sentencias, la cosa juzgada, la conciliación, eficacia del proceso, las dos instancias, prevalencia del derecho sustancial e informalidad.

### **3.** VALORACIÓN PROBATORIA

A) *Concepto*. La valoración de la prueba es la operación mental que hace el juez para establecer o determinar si los hechos debatidos en el proceso se

encuentran o no demostrados por los medios o actuaciones realizadas con ese objeto.

B) *Clasificación.* Existen al efecto dos criterios opuestos: la tarifa legal y la libre apreciación o apreciación racional.

a) La *tarifa legal* consiste en que el juez determina el poder de convicción de cada uno de los medios probatorios de acuerdo con las reglas que al efecto expresamente establece la ley. Es ejemplo los testigos llamados *contestes*, en que el juez debe dar por demostrado un hecho cuando dos testimonios concuerdan en las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrió.

A esta regla se la critica porque coloca al juez dentro de determinadas pautas de las cuales no puede salirse, por lo que en algunos casos debe tomar una decisión que como hombre no comparte, pues es factible que le convenza más la declaración de un testigo que las de los dos que coinciden en las circunstancias que rodearon los hechos.

En nuestro ámbito, la valoración legal fue acogida en el Código de Procedimiento Civil, ley 105 de 1931 y perduró aún más en el penal respecto de algunos medios probatorios, pero hoy en uno y otro está abolido.

b) La *libre apreciación,* mejor llamada *apreciación racional de la prueba*, consiste en dejarle al juez autonomía para que, conforme a las reglas de la experiencia y mediante un raciocinio u operación lógica, determine si un hecho se encuentra o no probado.

Aunque a este criterio se le suele llamar de libre apreciación, por oposición al de la tarifa legal, no quiere decir que el juez tenga absoluta libertad para determinar el valor de convicción que le suministren las pruebas, ya que es indispensable que exponga las razones sobre las cuales basa o funda su credibilidad y que ellas estén constituidas por las reglas de experiencia, por lo cual suele denominarse, con más propiedad, como *apreciación racional.*

c) El *del íntimo convencimiento*, que para algunos es intermedio entre los dos antes considerados, se caracteriza más por la forma que por el fondo, puesto que el juzgador solo tiene que proferir su decisión, sin necesidad de exponer los aspectos probatorios que la determinaron, como ocurre con los jurados de conciencia.

Creemos con ALSINA[1], criterio seguido por el maestro DEVIS ECHANDÍA[2], que en realidad no se trata de un criterio independiente, porque como el juez tiene inevitablemente que apoyarse en las pruebas allegadas al proceso y estimarlas de acuerdo con las reglas de la experiencia y la lógica, encuadra dentro de la libre apreciación, con la única peculiaridad que se manifiesta en forma diferente, por no ser necesario exponer análisis probatorio.

[1] HUGO ALSINA, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, Sociedad Anónima de Editores, 1968, pág. 130.

## 4. Medio probatorio

A) *Concepto.* Es el conjunto de actividades que se realizan en el proceso con el objeto de llevar a este la prueba de los hechos materia de la controversia. Son medios probatorios el testimonio, la confesión, la inspección judicial, los indicios, etc.

B) *Clasificación.* Según los medios que pueden utilizarse, se distinguen dos clases de criterios o sistemas: el medio legal y el medio libre.

a) El *medio legal* consiste en que solo pueden emplearse los que expresamente indica la ley o el código respectivo. Entre nosotros tuvo vigencia en el penal.

Este principio puede obrar conjuntamente con el de la libre apreciación, pero es de forzosa adopción en el de la tarifa legal, ya que solo puede señalarse la convicción a los medios que expresamente consagra o reconoce la ley.

b) El *medio libre* se presenta cuando la ley deja plena libertad para que se utilice cualquier medio probatorio. Este principio obra no solo cuando la ley no indica ningún medio probatorio, sino también cuando señala algunos y permite el empleo de otros, como ocurre con nuestro actual Código de Procedimiento Civil (art. 175) y el Código de Procedimiento Penal (art. 233 de la ley 600 de 2000 y art. 373 de la ley 906 de 2004).

De estos dos principios, incuestionablemente el que apareja mayores ventajas es el libre, porque, si bien los medios conocidos pueden incluir los adelantos de la ciencia, lo aconsejable es permitir que estos actúen sin traba alguna, pues es viable que algunos de ellos no encajen en los tradicionales.

## 5. Publicidad

A) *Concepto.* Consiste en dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario jurisdiccional.

B) *Clases.* Puede considerarse desde dos puntos de vista: interno y externo.

a) La *publicidad interna* se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso.

Se infiere que dicha modalidad se establece frente a los actos del juez y no en relación con las partes, pues estas actúan ante él, así cada una tenga su propio interés en los resultados del proceso. Tanto es así, que, por ejemplo, al demandado no se le hace conocer en forma directa la demanda, sino que se entera de ella mediante la notificación del auto que la admite.

Lo propio puede afirmarse de las pruebas, e incluso es factible que en su práctica intervengan las partes, como sucede con la declaración que se rinde para obtener la confesión, ya que la respectiva petición la formula el interesa-

do al funcionario judicial y este la decreta mediante una providencia, que se da a conocer a quien es llamado a absolver el interrogatorio.

La publicidad se cumple mediante la *notificación* de la providencia y el medio de llevarla a cabo varía, según la naturaleza de la decisión.

b) La *publicidad externa* atañe a terceros o extraños al proceso y se contrae a la posibilidad que presencien ciertas actuaciones realizadas dentro de él.

Se deduce de lo expuesto que esta modalidad se caracteriza, en primer lugar, porque se estableció en favor de personas ajenas al proceso y con un criterio fiscalizador, pues su presencia implica, en cierto sentido, que velen por el cumplimiento de la ley; y, en segundo lugar, porque, a diferencia de la interna, se contrae solo a la posibilidad que concurran o asistan dichos terceros, puesto que el acto es público, pero sin que sea indispensable la presencia de ellos, por no afectarlos las decisiones que se tomen.

Pueden citarse como ejemplos de este tipo de publicidad la audiencia que para juzgar se lleva a cabo en el proceso penal y la recepción de pruebas en el civil y laboral.

## 6. Contradicción

A) *Concepto.* Esta regla consiste en que una parte tenga oportunidad de oponerse a un acto realizado a instancia de la contraparte y a fin de verificar su regularidad.

B) *Aspectos.* Son, pues, dos los aspectos que integran la contradicción: uno, el derecho que tiene la parte de oponerse a la realización de un determinado acto, y, el otro, el que tiene de controlar su regularidad o el cumplimiento de los preceptos legales[3].

La regla de la contradicción es propia de la estructura bilateral del proceso, esto es, que solo tiene aplicación en los de tipo contencioso, donde existe la presencia de las dos partes: demandante y demandado.

C) *Finalidad.* Se persigue con él —como lo afirma Couture[4]— "eliminar todo recelo y sospecha sobre las proposiciones de las partes". Además, respecto de los hechos —según sostiene este autor— "debe suponerse lógicamente que nadie habrá de tener más interés que el adversario en oponerse y contradecir las proposiciones inexactas de su contraparte; y, por consiguiente, cabe admitir que las proposiciones no contradichas deben suponerse exactas".

[2] Hernando Devis Echandía, *Pruebas judiciales*, Bogotá, Edit. Temis, 1969, págs. 36 y 37.

[3] Hugo Alsina, *op. cit.*, t. i, pág. 457.

[4] Eduardo J. Couture, *Proyecto. Exposición de motivos*, mimeografiado, pág. 88.

Respecto del derecho —concluye el maestro uruguayo— "el peligro es mucho menor porque lo conoce el magistrado".

La contradicción no requiere que la parte en cuyo favor se surte realice los actos que con tal efecto consagra la ley, sino que basta que se le haga conocer la respectiva providencia, pues esto le da la posibilidad de llevarlos a cabo. De ahí que la contradicción tenga íntima vinculación con el principio de la publicidad. Entonces, por ejemplo, si a instancia de una parte se decreta un testimonio y la contraparte no asiste a la correspondiente audiencia a fin de contrainterrogar al testigo —que es la manera de realizar la contradicción—, habiéndosele notificado en debida forma la respectiva providencia, la prueba queda controvertida y, por tanto, cumplido el principio.

Sin embargo, existen ciertas actuaciones que, por su carácter cautelar, requieren cumplimiento inmediato, como acontece con el embargo y secuestro, inscripción de demanda, detención preventiva del sindicado, etc., en relación con los cuales no se cumple previamente el principio de contradicción, pero sí se da oportunidad de ejercerlo posteriormente, presentándose entonces un simple aplazamiento. En este caso, entonces, el juez decreta y practica la cautela, haciéndosela saber mediante notificación a la parte afectada para que pueda controvertirla.

## 7. Preclusión

A) *Concepto.* El proceso se surte mediante una serie de etapas o estancos, concatenados entre sí, de tal manera que uno es presupuesto del siguiente y este, a su vez, del posterior, destinados cada uno a realizar determinados actos procesales.

Con fundamento en este aspecto, se configura la regla de la preclusión, según el cual los actos procesales deben realizarse dentro de la etapa u oportunidad señalada por la ley, so pena de que sean ineficaces.

Esta regla rige los actos de las partes, que son los únicos susceptibles de ineficacia, excluidos, por tanto, los del juez, pues a este le corresponde fijar, directa o indirectamente, las distintas etapas.

Decimos que directa o indirectamente, por cuanto, en unos casos, la providencia se concreta específicamente a señalar el término, como ocurre con el auto que fija el período probatorio, el de los alegatos, etc., mientras en otros es consecuencia de la decisión, como acontece con el auto que libra la orden de pago en el proceso ejecutivo, que lleva implícito el señalamiento del lapso con que cuenta el ejecutado para proponer excepciones o defensas.

B) *Efectos.* Lo anterior significa que si el acto se realiza extemporáneamente es válido, por cuanto no existe ninguna circunstancia que determine su nulidad, pero no surte los efectos que con él se pretenden, ya que el juez, por esa razón, se abstiene de considerar o niega, según el caso, lo que mediante él

se solicita. Así, por ejemplo, la apelación corresponde interponerla dentro de la ejecutoria de la providencia, pero si se presenta posteriormente, el juez niega la concesión del recurso por extemporáneo. Si el alegato de conclusión se presenta, vencido el término destinado para ello, el juez se abstiene de tenerlo en cuenta.

C) *Fundamento*. Esta regla es consecuencia inevitable del orden en que se cumplen las diferentes etapas del proceso y de la finalidad específica de cada una de ellas.

Opuesto a dicho principio está el denominado *unidad de vista*, consistente en que para realizar los actos las partes no están sujetas a orden alguno, sino que pueden llevarlos a cabo hasta antes de proferirse la correspondiente sentencia. Por tanto, no existe preclusión con relación a las etapas del proceso, pero sí referida a la providencia que le pone fin a la actividad de las partes, puesto que a partir de ese momento empieza a correr el término que tiene el juez para proferir sentencia.

### 8. Impulso procesal

A) *Concepto*. Esta regla se refiere a cuál de los sujetos del proceso le corresponde darle curso al proceso hasta ponerlo en estado de proferir sentencia. Difiere del inquisitivo y del dispositivo, porque estos miran, entre otras características, a la iniciación del proceso, mientras que el impulso se refiere a la actuación posterior.

B) *Titularidad*. El impulso procesal en general, esto es, sin consideración al sistema que rija, reside en el juez, con la colaboración del secretario, ya que a este le corresponde velar por el control de los términos. Sin embargo, hay procesos regidos por el dispositivo en los cuales la actuación no se surte de oficio y, por ello, es necesario que medie la correspondiente solicitud de la parte interesada, como ocurre, v. gr., en el ejecutivo con el avalúo de los bienes o en la sucesión con la partición.

### 9. Adquisición

La regla de la adquisición consiste en que los actos procesales no pertenecen a la parte que los haya realizado u originado, sino al proceso. Significa, en otras palabras, que el acto procesal es común, o sea, que sus efectos se extienden por igual a las dos partes: demandante y demandado.

Al respecto, Alsina[5] observa que "la actividad que las partes desarrollan en el proceso se influye recíprocamente, en el sentido de que no solo beneficia a quien ejecuta el acto y perjudica a la parte contraria, sino que también puede esta beneficiarse del acto en cuanto pueda perjudicar a su autor.

[5] Hugo Alsina, *op. cit.*, t. i, pág. 459.

"De ello resulta —concluye ALSINA— que el acto procesal es común y su eficacia no depende de la parte de la cual provenga, sino de los efectos que produzca".

Al hablar de acto procesal se incluye el probatorio, que es en donde mejor se pone de relieve la adquisición, pues, como atinadamente observa PALLARES[6], "no es posible dividir la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos litigiosos. Además —afirma el mismo autor—, si en virtud de una prueba se produce en su ánimo la certeza respecto de ciertos hechos, no importa quién de los litigantes haya producido la prueba", por cuanto la eficacia de esta es indivisible.

## **10.** ECONOMÍA PROCESAL

A) *Concepto.* Se puede definir con la ya famosa frase de CHIOVENDA, según la cual debe obtenerse el máximo resultado posible con el mínimo de esfuerzo. Se refiere no solo a los actos procesales, sino a las expensas o gastos que ellos impliquen.

B) *Modalidades.* La economía procesal, más que una regla, es un conjunto de reglas, pues se realiza por conducto de estos. Entre ellas puede mencionarse la de concentración, eventualidad, celeridad, saneamiento y gratuidad.

a) *Concentración.* Consiste en reunir todas las cuestiones debatidas o el mayor número de ellas para ventilarlas y decidirlas en el mínimo de actuaciones y providencias. Tiende a evitar que el proceso se distraiga en cuestiones accesorias que impliquen suspensión de la actuación principal.

Para la eficacia de este regla se requiere que el Código de Procedimiento limite el número de actuaciones incidentales y deje que las indispensables, hasta donde sea posible, se resuelvan en la sentencia. El actual ordenamiento civil ha consagrado varios aspectos que son aplicaciones de la concentración, como las objeciones al dictamen pericial, que se deciden mediante incidente, pero se resuelven en la sentencia (C. de P. C., art. 238, num. 6).

b) *Eventualidad.* Guarda estrecha relación con la preclusión, pues toma como referencia las fases o términos del proceso. Consiste en que si, en determinada etapa o estanco del proceso, una parte puede realizar varios actos, debe llevarlos a cabo de manera simultánea y no sucesiva, esto es, todos en el mismo lapso y no primero uno y luego otro.

Esto ocurre, por ejemplo, en relación con una providencia, cuando contra ella puede interponerse el recurso de reposición y el de apelación. Como el término para interponer dichos recursos es común, la parte interesada puede optar exclusivamente por cualquiera de ellos, o bien proponer los dos, caso

[6] EDUARDO PALLARES, *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Edit. Porrúa, 1956, pág. 521.

en el cual debe hacerlo conjuntamente: la reposición como principal y la apelación como subsidiaria. Esto significa que la apelación solo se concede en el supuesto de que la reposición no prospere. Lo que la ley prohíbe —que es donde encuentra su fundamento el principio de la eventualidad— es que primero se interponga la reposición, para luego, si es negada, proponer la apelación, pues el término para esta ya se encuentra vencido.

c) *Celeridad*. Consiste en que el proceso se concrete a las etapas esenciales y cada una de ellas limitada al término perentorio fijado por la norma. En observancia de este regla se descartan los plazos o términos adicionales a una determinada etapa, esto es, los que se surten como complemento del principal y las prórrogas o ampliaciones. También implica que los actos se surtan en la forma más sencilla posible, para evitar dilaciones innecesarias.

En aplicación de esta regla nuestro Código de Procedimiento Civil establece limitaciones a las prórrogas; otorga al juez la facultad de señalar ciertos términos, fijando el estrictamente necesario, consagra medios sencillos para efectuar la notificación de las providencias, como es el aviso y el traslado, etc.

d) *Saneamiento*. Consiste en que las actuaciones afectadas de nulidad sean susceptibles de ser convalidadas por la parte en cuyo favor se establece.

La nulidad es una sanción que la norma prevé para determinadas actuaciones irregulares y cuando con ellas se viola el derecho de defensa de una de las partes. Pero la nulidad no siempre se impone, pues es viable que la parte afectada como consecuencia de ella la convalide, esto es, que mediante cierta conducta no se aplique esa sanción y, por ende, la actuación sea válida, lo que se denomina saneamiento.

La tendencia actual es la de consagrar en la norma positiva el mayor número de nulidades susceptibles de saneamiento. Es así como nuestro actual Código de Procedimiento Civil dispone, por ejemplo, que si el demandado indebidamente citado o emplazado al proceso no alega esa circunstancia como nulidad en la primera actuación que realice, queda convalidada.

e) *Gratuidad de la justicia*. Se refiere a que como la justicia es un servicio que presta el Estado a la colectividad, a él le corresponde sufragar todos los gastos que esa función entraña, como es proporcionar los locales y elementos necesarios, atender la remuneración de los funcionarios y empleados, etc.

Aunque esta regla, en su acepción más amplia, incluiría las expensas o gastos que implique el proceso, esto entre nosotros no tiene vigencia, por cuanto recae sobre las partes, sobre todo en aquellas ramas en donde rige el sistema dispositivo, como acontece con el civil, concretamente en lo relativo a honorarios de peritos, secuestros, gastos de diligencias, etc.

En nuestro medio en ese aspecto se ha registrado un considerable avance, puesto que el empleo de papel sellado que se exigía en el civil y el contencioso fue eliminado. Además, tradicionalmente no hay lugar a expensa alguna en el penal y son reducidas en el laboral.

## 11. Impugnación

Consiste en otorgarles a las partes la facultad de atacar las decisiones proferidas por el juez con el objeto de enmendar los errores *in iudicando* (de derecho sustancial) o *in procedendo* (de procedimiento) en que incurra y, subsidiariamente, evitar el perjuicio que con la decisión se les ocasione. Se cumple mediante los *recursos*.

## 12. Congruencia

A) *Concepto*. Consiste en la concordancia que debe existir entre el pedimento formulado por las partes y la decisión que sobre él tome el juez.

B) *Modalidades*. Puede adoptar dos modalidades: la interna y la externa.

a) La *externa* —que es la propiamente dicha— se refiere a la concordancia o armonía entre la demanda y la sentencia que se pronuncia sobre ella.

Aunque en este aspecto el principio mira en particular a la sentencia, como acto fundamental, por resolverse mediante ella la controversia, no se descarta en relación con las restantes providencias que en el curso del proceso profiera el juez, en donde también debe observarse, aunque, desde luego, su trascendencia es menor.

Esta modalidad es aplicable especialmente en los procesos regidos por el sistema dispositivo, ya que, precisamente, es uno de los aspectos que lo distinguen, como lo expondremos al considerarlo. Sin embargo, la ley establece excepciones, como acontece con el proceso laboral, en donde se permite que el juez se pronuncie sobre aspectos que no han sido objeto de petición (*extra petita*) y que decrete o reconozca mayor derecho del solicitado (*ultra petita*), lo cual obedece a la protección que se le da al trabajador, considerado como la parte más débil.

b) La *interna* es la que mira a la concordancia entre la parte motiva y la resolutiva de la sentencia.

A esta modalidad se hace extensivo lo que dijimos acerca de la externa, en lo tocante a las providencias proferidas en el curso del proceso, en relación con las cuales también tiene aplicación.

## 13. Conciliación

Los litigios, de acuerdo con la terminología de Carnelutti, que surgen entre los miembros de la sociedad, pueden resolverse de dos maneras, según la persona encargada de hacerlo: la heterocomposición y la autocomposición.

La *heterocomposición* implica la intervención de un tercero, ajeno a los sujetos entre quienes se suscita el conflicto, función que se atribuye el Estado

y realiza por conducto de la rama judicial, mediante la sentencia, previo el respectivo proceso.

La *autocomposición* es la solución del litigio por los propios sujetos entre quienes surge. En este caso no hay intervención ajena alguna y la forma usual de lograrlo es mediante la *transacción*, que las partes pueden efectuar antes o en el curso del proceso.

Frente a esas dos posiciones, la heterocomposición y la autocomposición, se encuentra una intermedia o mixta, por participar de la naturaleza de ambas, pues son las partes quienes logran u obtienen el acuerdo que le pone fin al litigio, pero a él llegan merced a la intervención de un funcionario, a quien se le atribuye esa específica función, sea en el curso o antes del proceso, constituida o representada por la conciliación.

En nuestro medio la tendencia por la conciliación ha ido en aumento, limitada en un principio al campo del derecho laboral, pues era opcional; luego se consagró en el civil como actuación propia en cierto tipo de procesos, por virtud del decreto 2282 de 1989, y extendida a otros de la misma y diferente rama, con fundamento en el decreto 2651 de 1991, de vigencia temporal, con varias prórrogas, reemplazado definitivamente por la ley 446 de 1998, modificada por la ley 23 de 1991 y por la ley 640 de 2001.

La conciliación, pese a las críticas que ha recibido, justificadas en algunos aspectos, presenta un balance general favorable, por cuanto permite obtener la finalización de muchos procesos y cumplir así el objetivo con ella perseguido, cual es el de la descongestión de los despachos judiciales.

Estas razones han llevado a procesalistas como JAIRO PARRA QUIJANO[7], seguido por HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO[8], a reconocer la conciliación como un principio del procedimiento, criterio con el cual nos identificamos, por constituir, repetimos, un elemento esencial para la solución de las controversias, tanto preventivo, evitando los procesos, como curativo, poniéndoles término.

## 14. EFICACIA DEL PROCESO

JAIRO PARRA QUIJANO[9] incluye la eficacia del proceso, como una de las reglas del procedimiento, el cual centraliza en que la administración de justicia constituye un verdadero servicio público. Esto implica idoneidad de los funcionarios encargados de cumplir con la función jurisdiccional para que esta llegue a todos en igualdad de condiciones.

[7] JAIRO PARRA QUIJANO, *Derecho procesal civil*, t. I, Parte general, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1992, pág. 5.

[8] HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. I, Parte general, 6ª ed., Santa Fe de Bogotá, ABC, 1993, pág. 65.

[9] JAIRO PARRA QUIJANO, *op. cit.*, págs. 7 a 9.

Realmente, más que un regla, es un conjunto de ellas. El proceso tiene como objetivo esencial la administración de justicia, como medio de zanjar las controversias entre los miembros de la colectividad. Esto implica un aspecto externo, mirado el proceso desde fuera, como lo propone el autor citado, que esté al alcance de todos y se aplique sin consideración a condiciones especiales, de tal manera que cada uno reciba lo que le corresponde de acuerdo con el ordenamiento positivo. Pero también debe mirarse el proceso en sí mismo, en su interior, en cuanto a que el juez vele porque se inicie, desarrolle y culmine sin obstáculos y la sentencia sea de fondo, resolviendo la controversia. De esta manera se descarta o evitan las irregularidades, los vicios, nulidades y sentencias inhibitorias. Desde luego que también exige del juez propender se conozca la realidad de los hechos y aplicar a ellos la norma que corresponde.

### 15. Escritura y oralidad

Depende de que el proceso esté dominado por la escritura o la actuación oral. Hablamos del proceso en sí, como tal, en su conjunto, y no para referirnos a actuaciones determinadas, por cuanto hay procesos escritos que registran determinadas actuaciones orales, como ocurre en el ordinario y el abreviado de nuestro ordenamiento procesal civil, en los cuales las audiencias se surten para la recepción de ciertas pruebas. Tampoco es oral el regulado por la norma como tal, pero que, por la imposibilidad de surtirlo en esa forma, en razón de la ausencia de elementos necesarios, adopta en la práctica el escrito, como acontece con el procedimiento laboral que rige en nuestro medio. El verdadero proceso oral es aquel en el cual toda la actuación se surte en esa forma, mediante audiencia, como acontece en el regido por el sistema de la ley común. Además, que es el ideal, por permitir la aplicación de muchos de los restantes principios, como son los de la concentración, economía, inmediación, etc.

### 16. Las dos instancias

Se entiende por instancia, en su acepción más simple —de acuerdo con de Santo[10]— cada uno de los grados del proceso, o, en sentido amplio, el conjunto de actuaciones que integran la fase del proceso surtida ante un determinado funcionario y a la cual este le pone fin mediante una providencia que decide el fondo del asunto sometido a su consideración.

La instancia se caracteriza porque, de una parte, comprende toda la fase, grado o actuación del proceso efectuada por un funcionario judicial, y, de otra,

[10] Víctor de Santo, *Diccionario de derecho procesal*, Buenos Aires, Edit. Universidad, 1991, pág. 197.

por corresponderle decidir en forma amplia sobre el fondo de la cuestión debatida. Se habla de primera instancia para referirse a la comprendida desde que se inicia el proceso hasta cuando se profiere la sentencia. La segunda se surte ante el superior jerárquico en virtud del recurso de apelación y va desde que este se admite hasta que se decide mediante la correspondiente sentencia. En una y otra sentencia, esto es, tanto la que le pone término a la primera como a la segunda instancia, el juzgador goza de autonomía para decidir en el marco señalado o establecido por la ley.

El recurso de casación, al igual que la apelación, forma parte del proceso, por comprender toda la actuación realizada por un funcionario, pero, a diferencia de ella, no tiene la condición de instancia, porque, como medio de impugnación extraordinario que es, solo faculta al juzgador para pronunciarse sobre la causal invocada. Sin embargo, en nuestro medio, como el mismo funcionario que decide la casación profiere la sentencia de reemplazo, en ese caso obra como juzgador de instancia.

Esta regla —como la de impugnación, de la cual es solo una modalidad, quizá la más importante— tiene por objeto que el funcionario jerárquicamente superior, con mayor conocimiento y experiencia, pueda, en virtud de la apelación, revisar la providencia del inferior y subsanar los errores cometidos por este.

La doble instancia se opone el de la única instancia, generalmente consagrado cuando el funcionario que decide el proceso es colegiado, por la mayor garantía que ofrece con respecto al singular. Sin embargo, no es esa la regla imperante en nuestro medio, en donde los asuntos de única instancia están a cargo de juzgadores singulares.

### 17. Informalidad

La jurisprudencia ha sido reiterativa en el sentido que el juzgador al considerar la demanda para pronunciarse sobre la pretensión impetrada debe, en caso que sea oscura, interpretarla para desentrañar el derecho que se reclama. Para ello le corresponde analizar la demanda en su totalidad, es decir, no solo los pedimentos, sino también los hechos en que se fundan y aun las disposiciones citadas en su apoyo. No significa esto que se eliminen ciertos requisitos, que perentoriamente debe observar ese acto procesal y que consagran los diferentes ordenamientos procesales, sino que cada uno de ellos no se sujeta a fórmulas sacramentales.

Este principio ha adquirido mayor relevancia con la acción de tutela consagrada por el artículo 86 de la Constitución Política y la reglamentación que de ella hizo el ejecutivo mediante el decreto 2591 de 1991, el cual, en su artículo 14, inciso 2º, preceptúa que puede ser ejercida sin formalidad alguna.

**18.** La verdad procesal

Es la que surge del proceso, y más concretamente, la certeza que el funcionario jurisdiccional adquiere de los medios probatorios allegados y sobre la cual adopta su decisión. Es factible que esa certeza, de carácter subjetivo, no concuerde con la verdad real, vale decir, la conformidad entre los hechos y el conocimiento que se tiene de ellos, por cuanto los medios probatorios no siempre logren establecerla, sin embargo, es la que impera y, por ende, está amparada de veracidad.

**19.** De la cosa juzgada

Este principio consiste en revestir a las sentencias proferidas en determinados procesos de una calidad especial, en virtud de la cual no se permite que las partes frente a quienes se profiere puedan volver a instaurar un segundo proceso con base en los mismos pedimentos y sobre iguales hechos. Obedece a la necesidad de darles el carácter de definitivo a las sentencias y evitar así que se susciten por las mismas cuestiones otros procesos.

Guarda, en cierto sentido, relación con el principio de la preclusión —que posteriormente analizaremos—; pues los efectos de ambas se concretan a impedir actuaciones posteriores. La diferencia reside en que la cosa juzgada tiene efectos fuera del proceso, mientras que la preclusión obra dentro de este y con respecto a una etapa o estanco. Por ello Chiovenda afirma que la cosa juzgada es la *summa preclusione*.

## **Sección II**. *Sistemas*

**20.** Concepto

No es pacífico en la doctrina este calificativo, por cuanto para unos es un principio, integrado por subprincipios, mientras que para otros es una regla de técnica. Mantenemos el calificativo de sistema, de acuerdo con lo que ese vocablo significa en el lenguaje corriente, esto es, "una entidad formada por partes organizadas (o sus «componentes») que interactúan entre sí de manera que las propiedades del conjunto, sin contradecirlas, no pueden deducirse por completo de las propiedades de las partes", o, como en forma más sencilla, lo define la Real Academia, como el "conjunto de reglas sobre una determinada materia enlazadas entre si". En otros términos, es un conjunto de elementos independientes, pero relacionados entre sí para lograr un objetivo común.

Con fundamento en lo anterior, podemos decir que se denomina sistema al conjunto de reglas, regidas por un criterio rector, que le otorgan al proceso

determinadas características, distinguiéndose como tales el *inquisitivo* y el *dispositivo*. Lo que determina el criterio rector es la naturaleza del derecho sustancial que se ventila en el proceso y que implica, según este sea de interés particular o público, el que las partes puedan o no disponer de él, respectivamente. Por tal razón, renombrados autores como CAPPELLETTI, cuyo punto de vista es analizado en un juicioso estudio de JOSÉ LUIS BLANCO GÓMEZ[11], clasifican uno y otro como *sustancial*, que atañe a la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso; mientras el *formal*, se refiere al funcionamiento del proceso y a la relación jurídica procesal. Uno y otro son diferentes, pero el formal se adecua al sustancial, en cuanto consagra para las partes la facultad de realizar determinados actos que les son propios, como fijar los términos de la contienda y disponer del derecho, cuando la relación es de índole privada, o la indisponibilidad de realizarlos, si es de carácter público.

**21.** DISPOSITIVO

A) *Concepto*. Este sistema consiste en que las partes son los sujetos activos del proceso, por recaer sobre ellos el derecho de iniciarlo, determinar y disponer de su objeto, por lo cual el juez es simplemente pasivo, pues su función se limita a dirigir el debate y decidir la controversia.

B) *Características*. Se aplica a los siguientes aspectos:

a) *Iniciativa*. Se refiere a que el proceso solo se inicia si media la correspondiente petición del interesado, por conducto del acto que en el civil y los que siguen sus orientaciones se denomina *demanda* y en el penal *acusación*.

Responde al aforismo latino *nemo iudex sine actore* (no hay juez sin actor) y *ne procedat iudex ex officio* (el juez no puede proceder o actuar de oficio).

b) *Impulso procesal*. Consecuencia con lo anterior, en el dispositivo el paso del proceso de una etapa a la siguiente requiere de la petición de las partes y, en particular, del demandante, que se supone es el interesado por acudir ante el juez en demanda del reconocimiento de su derecho.

c) *Tema de decisión*. Se entiende por tema de decisión, lo que constituye la materia del debate o el objeto de la controversia entre las partes y sobre el cual versa el pronunciamiento definitivo del juzgador. Así, por ejemplo, el tema es la declaración de divorcio, separación de bienes, reivindicación, nulidad de un acto, etc.

En el principio dispositivo el tema es fijado por las partes, correspondiéndole al demandante determinarlo en la demanda, mediante las pretensiones, y al demandado en la contestación, con la proposición de excepciones de mérito

[11] JOSÉ LUIS BLANCO GÓMEZ, *La prueba de oficio*, Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1992, págs. 105 y ss.

o de fondo. Esas dos manifestaciones constituyen la materia sobre la cual el juez se pronuncia en la sentencia, sin salirse de ellas, sea para considerar cuestiones superiores o ajenas, observando al respecto el principio de la congruencia. En el penal lo constituye la acusación y el pronunciamiento que en relación con ella adopte el acusado.

d) *Hechos*. Es complementario del anterior, por cuanto el tema de decisión se funda en los hechos, los cuales igualmente invocan las partes en las mismas actuaciones mencionadas, es decir, la demanda y la contestación. En el penal lo conforman los constitutivos del ilícito y los eximentes de culpabilidad o responsabilidad que se invoquen.

e) *Pruebas*. La iniciativa para que se decreten y practiquen las pruebas tendentes a demostrar los hechos materia del tema de decisión recae de manera exclusiva sobre las partes, de acuerdo con el principio de la carga de la prueba. Significa lo anterior que al demandante le corresponde probar los hechos en que sustenta sus pretensiones, mientras que al demandado le interesa establecer los que funden sus medios de defensa.

Por consiguiente, el juez carece de facultad para decretar pruebas de oficio, con objeto de establecer o aclarar los hechos materia del debate, limitándose a lo que aparezca de las solicitadas por las partes.

f) *Disponibilidad del derecho*. Como secuela de tales aspectos, la disponibilidad del derecho que constituye el tema de la decisión recae también de manera exclusiva sobre las partes. Es así como el demandante puede renunciar a los pedimentos de su demanda, mediante lo que se denomina *desistimiento*, o por virtud de acuerdo directo con el demandado, en lo que se llama *transacción*, fenómenos estos que implican la terminación del proceso.

El sistema dispositivo con las características que hemos anotado, fue el imperante en la etapa que se ha denominado como liberal, en la cual era de interés privado tanto el derecho sustancial discutido como el proceso mismo y, por ende, toda la iniciativa recaía en las partes y el juez solo tenía como función decidir la controversia existente entre ellas.

En la actualidad, en la fase de la democratización o socialización del proceso, el sistema dispositivo subsiste como vehículo para dilucidar intereses privados, referido, por tanto, al civil, laboral, etc., pero, como la administración de justicia exige fallar de acuerdo con la realidad de los hechos materia de la controversia, la tendencia es dotar al juez de determinados poderes, concretamente decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para establecerlos o aclararlos.

El poder que tiene el juez para decretar pruebas de oficio encuadra dentro de los deberes, entendidos como la observancia de cierta conducta, so pena de incurrir en las sanciones previstas por la norma —como lo expusimos en su oportunidad al tratar de los principios del derecho procesal—. No es pues, una

facultad, de la que pueda o no hacer uso, sino la observancia imperativa de un deber, como específicamente lo menciona el numeral 4 del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, al enunciar los deberes del juez.

En consecuencia, como la iniciativa probatoria en el sistema dispositivo recae sobre las partes, en razón de conocer ellas los hechos discutidos y estar, por ende, en condiciones de escoger los medios para establecerlos, y en el sistema inquisitivo es al juez a quien le corresponde decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para verificarlos, suele hablarse de un sistema mixto, como ocurre en nuestro ordenamiento procesal civil.

Al criterio expuesto procede observarle, de acuerdo con una tendencia doctrinaria, que el deber otorgado al juez para decretar pruebas no desvirtúa en forma alguna el sistema dispositivo, aun cuando se considere como único y no desde su modalidad de sustancial y formal, por cuanto ese deber no es absoluto, sino que está limitado a los hechos controvertidos en el proceso y, dentro ellos, a determinados aspectos que los propios ordenamientos procesales establecen, como ocurre en el civil nuestro, donde solo puede citarse a los testigos mencionados por las partes u otros, conforme lo dispone el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil[12].

El tema de la decisión tampoco es absoluto, por cuanto en algunas ramas del derecho procesal se rompe la congruencia al permitir decidir las pretensiones por fuera (*extra petita*) o más allá (*ultra petita*) de lo pedido, como sucede en laboral, y frente a las excepciones de fondo reconocer las que aparezcan demostradas en favor del demandado y aunque este no las haya propuesto, como lo adopta el civil, salvo las de compensación, prescripción y nulidad relativa, que requieren proposición expresa.

g) *Recursos*. Los pronunciamientos judiciales solo pueden impugnarse a instancia de las partes, sin que sea viable proceder de oficio. Este principio también sufre limitación, mediante el grado de consulta, que se surte en favor de la parte considerada débil en el proceso.

El sistema dispositivo, con aplicación total de sus principios y en la denominación de acusatorio, rige en el *common law*, vigente en los países anglosajones, como Gran Bretaña y Estados Unidos y adoptado en gran parte de Latinoamérica, entre otros Colombia, mediante la ley 906 de 2004.

## 22. Inquisitivo

Este sistema, opuesto al dispositivo, consiste en que el juez no es sujeto pasivo del proceso, sino que adopta la calidad de activo, por cuanto está facultado para iniciarlo, fijar el tema de decisión y decretar las pruebas que considere necesarias para establecer los hechos.

[12] José Luis Blanco Gómez, *op. cit.*, págs. 105 y ss.

A diferencia del dispositivo, en el cual el tema de decisión se fija al comienzo, en la fase de la *litiscontestatio*, en el inquisitivo es factible modificar la calificación del delito por el cual se llama al procesado a juicio, como lo establece la ley 600 de 2000 en el artículo 404. Por esta razón, la pertinencia de las pruebas puede alterarse, por cuanto es necesario adecuarlas a la nueva calificación.

El sistema inquisitivo ha sido asignado a los procesos en donde se controvierten o ventilan asuntos en los que el Estado o la sociedad tienen interés, como acontece con el penal, porque se consideran de índole pública y, por tanto, no susceptibles de terminación por desistimiento o transacción.

Este sistema, al igual que el dispositivo, no rige con la totalidad de sus presupuestos, porque las partes gozan de ciertos derechos, como es el de solicitar pruebas.

CAPÍTULO V

# HISTORIA DEL PROCESO

## 1. GENERALIDADES

No es ciertamente fácil encuadrar las etapas por las cuales ha pasado el proceso. Ello obedece a varias razones. En primer lugar, a las diferentes características que distinguen el aspecto probatorio y el procedimental, que determinan una evolución propia para cada uno. En segundo lugar, porque la evolución del proceso en el mundo no es uniforme, así se vea solo lo que se denomina mundo occidental, debido a la disparidad de criterios imperantes como consecuencia de los principios sociales y políticos. Y en tercer lugar, porque las dos principales ramas del proceso, civil y penal, no han estado informadas por los mismos caracteres, en virtud de su diversa naturaleza, pues el primero tiene un contenido esencialmente privatístico, mientras que el segundo es publicístico, diferencias que tienden a eliminarse en el momento actual.

A fin de obviar esas dificultades y procurando refundir el aspecto probatorio y el procedimental para referirlos al principio dominante y tomarlo como característico, podemos distinguir un *proceso primitivo*, denominado así, no por lo rudimentario de su estructura, sino por constituir el punto de partida, integrado por *el griego* —que es, sin duda alguna, el gestador del occidental—, *el romano* —como su desarrollador y divulgador— y *el germano* —como innovador en muchos aspectos—, que generan el de la fase siguiente, representado por el *proceso común*, que luego dio paso al *liberal*, informado por los postulados de la Revolución francesa, para concluir con la *socialización* del proceso, tendencia actual, manifestada particularmente en el campo civil.

## 2. PROCESO GRIEGO

Todos los pueblos han tenido un proceso. Este solo surge cuando desaparece la lucha privada y la autoridad se radica en el jefe de familia y luego en el de la tribu, a quienes, por tanto, les corresponde la administración de justicia.

Esa administración de justicia implicaba una actuación rudimentaria, en que se insinuaban las etapas del actual proceso, y que no aporta, por ende, gran cosa a la evolución de este. En la antigua Grecia se presenta ya un sistema regulador del proceso propiamente dicho, el cual corresponde a un grado avan-

zado de cultura, donde puede apreciarse la *democratización* y *publicidad* en la administración de justicia. La organización jurisdiccional respondió a dos características: la *especialidad*, puesto que se dividió el conocimiento de los negocios según fueran civiles o penales, y la *colegialidad* de sus órganos, por estar atendidos por pluralidad de personas.

El órgano jurisdiccional en Grecia estaba constituido por el *Tribunal Heliástico*, de *Helios*, que significa sol, porque se reunía a pleno día en la plaza pública, compuesto por seis mil miembros, elegidos entre los ciudadanos mayores de treinta años, de buena reputación y no deudores del fisco. A este tribunal le correspondía conocer de las causas civiles y penales que no estaban atribuidas a otros órganos especializados y ejercía sus funciones por conducto de diez secciones, aunque para determinados asuntos actuaban conjuntamente.

En lo penal existieron tres tribunales que conocían de diversos delitos, según su naturaleza. En primer lugar estaba la *Asamblea del Pueblo*, encargada de atender los delitos considerados como políticos y que tenía poder sobre los restantes órganos. En segundo lugar se encontraba el *Areópago*, integrado por quienes habían desempeñado el cargo de arconte o presidente de la Asamblea del Pueblo, cuyo número aproximado fue de 50 miembros y que, en un principio, conoció de todos los delitos, pero luego se limitó a los sancionados con la pena de muerte, como el homicidio, el envenenamiento, las mutilaciones graves, los incendios, etc., que se consideraban de carácter público. Este tribunal actuaba de noche y no estaba sujeto a un procedimiento especial. Además, podía recurrir a toda clase de medios para lograr el cumplimiento de su función. Finalmente, existió un órgano integrado por 51 personas, escogidas por sorteo dentro de los senadores, cuya competencia versaba sobre el homicidio simple y otros delitos de menor importancia, considerados como de índole privada, el cual se denominó *Epheas*.

Se distinguieron, por tanto, tres clases de delitos: los *políticos*, cuando atentaban contra la seguridad del Estado; los *públicos*, que afectaban el interés general de la comunidad, y los *privados*, atinentes únicamente al perjudicado. El sistema imperante fue el acusatorio, que exigía la presencia de tres sujetos: acusador, quien formulaba los cargos; acusado, a quien se le imputaba la comisión del ilícito, y el juez, encargado de decidir. La acusación en materia de delitos políticos recaía sobre un funcionario de carácter permanente; en los públicos, sobre cualquier persona, y, en los privados, se limitaba al afectado. El proceso era esencialmente oral y público. El acusador debía prestar juramento o caución para garantizar la seriedad de la acusación. Si esta prosperaba, tenía derecho a una parte de los bienes del acusado; caso contrario, era sancionado severamente.

En materia civil el órgano competente era el llamado *Phrintaneo*, integrado hasta por 500 miembros. El trámite, por las mismas razones que en el proceso penal, o sea, por ser decidido por varias personas, se caracterizaba por

ser oral y público, respondiendo en sus lineamientos generales a lo que hoy conocemos como principio dispositivo.

## 3. Proceso romano

Roma tuvo una organización jurisdiccional *especializada* y, en muchas de sus manifestaciones, particularmente en las primeras etapas, *colegiada*. Al igual que en Grecia, el derecho romano también distinguía los delitos en públicos y privados, atribuyéndoles a diferentes personas la iniciación del proceso o formulación de la acusación.

La organización jurisdiccional estuvo centralizada en el rey, quien, sin embargo, la compartió con el senado, órgano al cual se le atribuyó el juzgamiento de los delitos de carácter público. Posteriormente, ya en la era republicana, los cónsules, que reemplazaron a los reyes, asumieron las funciones de estos. Tanto en la monarquía como en la república fue corriente la delegación de la facultad de administrar justicia hasta que los delegados adquirieron la calidad de órganos jurisdiccionales permanentes.

En penal la delegación recayó inicialmente en la *centuria*, cuerpo creado por la ley *Valeriae* y compuesto por patricios y plebeyos. Más tarde se lo reemplazó por el *jurado*, órgano integrado por el senado, en un principio, por sus propios miembros y, luego, por caballeros y tribunos del pueblo, siempre que hubieran cumplido 30 años. Su número oscilaba entre 32 y 75 y lo presidía el *quaestor*. Con el correr del tiempo el jurado adquirió la calidad de cuerpo permanente, pero en la etapa imperial fue reemplazado por los *praefectus urbis* y los *praefectus vigilum*.

La delegación en el civil se produjo inicialmente en favor de los *duunviros*, hasta cuando en la era republicana fueron reemplazados por el *praetor* o magistrado que, en un comienzo, conoció de la primera parte del proceso, constituida por la *litiscontestatio*, para asumir luego la totalidad de la actuación. Fue sustituido en el Imperio por las prefecturas imperiales.

En penal el proceso propiamente dicho pasó por tres etapas, designadas como *cognitio, accusatio* y *cognitio extraordinario*.

En la *cognitio* el sistema que imperó fue el inquisitivo. El funcionario disponía de facultades casi ilimitadas y no estaba sujeto a observar un trámite o actuación determinada. Esa concentración de funciones solo tuvo una excepción, relativa a que la sentencia era susceptible de apelación ante el pueblo, el cual actuaba mediante formas preestablecidas.

La segunda etapa o fase, de la *accusatio*, se caracterizó por el sistema acusatorio. Cualquier persona podía presentar la acusación, aunque existieron ciertas limitaciones en razón de la edad y el sexo. El proceso era *oral* y *público*. Sobre el acusador recaía la carga de la prueba para demostrar la existencia de los hechos y su autor. La prueba por excelencia fue la confesión, pero, por

sí sola, no era suficiente, puesto que requería de corroboración con otros medios probatorios. Las dos partes se encontraban en pie de igualdad y el acusado podía ejercer su defensa, ya en forma directa o por conducto de un procurador (apoderado). La actuación prácticamente se contraía a la acusación, las pruebas y la sentencia. El fallo se tomaba por mayoría de votos y los miembros del jurado podían optar por la condena (*condenno*), absolución (*absolvo*) o el voto en blanco (*non liquet*). La absolución implicaba que al acusador se le culpara del delito de calumnia y que perdiera la multa que como seriedad de su acusación tenía que prestar. Es importante notar que en esta etapa no existió la indagatoria, por cuanto al acusado se le consideraba como sujeto del proceso y no como objeto de este y, por tanto, de la prueba.

En la tercera fase o *extraordinario cognitio* el proceso se caracterizó por un sistema mixto, pues se adoptaron los principios inquisitivo y acusatorio, pero cada uno conservaba su individualidad. En efecto, del inquisitivo se adopta que el funcionario deja de ser un simple árbitro y pasa a ejercer facultades instructivas y decisorias, produciéndose así una concentración de funciones que implican la acusación y defensa, como consecuencia de corresponderle la prueba para establecer los hechos delictivos (carga) y los atenuantes (descargo). Del acusatorio se toma que el ofendido en los delitos de carácter privado tiene la facultad de presentar la acusación, la cual en los públicos recayó sobre cualquier persona.

En esta fase se crearon unos funcionarios especiales, llamados *stationarii*, encargados de averiguar los delitos y luego presentar la correspondiente acusación ante el magistrado, quien también podía hacerlo oficiosamente, como modalidad del inquisitivo. Se reconoce en esta etapa del proceso la indagatoria como medio de obtener la confesión, con base en la inquisición; pero, además, se sientan otros principios que posteriormente se constituyen como postulados del proceso liberal, a saber: que no podía condenarse sin defensa; el establecimiento de las apelaciones para subsanar los errores; la prohibición de juzgar a una persona más de una vez por un mismo delito (*non bis in idem*), y el que cualquier duda se resuelve en favor del sindicado (*in dubio pro reo*).

En el civil también existieron las tres fases, representadas por las acciones de la ley, el formulario y el extraordinario.

De las *acciones de la ley*, cuyo número era taxativo, se conocieron cinco: tres de carácter declarativo (*per sacramentum, per iudicis postulationem* y *per conditionem o condictio*) y dos ejecutivas (*per namus iniectionem* y *pignoris capionem*); tenían finalidades específicas y eran esencialmente formalistas, por cuanto exigían el empleo de los términos exactos. La actuación era oral y de carácter acusatorio. Se dividía en dos fases: la *in iure*, ante el magistrado o *praetor*; y la *in iudicio*, ante el árbitro o juez. En la primera se presentaba la demanda y su respuesta, de donde resultaba la *litiscontestatio*, con base en la cual,

demostrada con el testimonio de cinco personas, se adelantaba la segunda, en donde se practicaban pruebas y se profería la sentencia.

El proceso *formulario* obedeció a la necesidad de evitar los inconvenientes que el excesivo formulismo del período anterior había consagrado, pero traía consigo el riesgo de que los testigos presenciales de la *litiscontestatio* fueran de difícil consecución o no relataran fielmente al juez la actuación surtida ante el pretor. Se adoptó, entonces, el sistema utilizado por el pretor peregrino para resolver los conflictos suscitados entre los extranjeros, que tenía por finalidad la reducción por escrito de la *litiscontestatio* y que se denominó *fórmula*, de donde provino el nombre del período. Conserva las principales características de la fase anterior, o sea, el ritualismo, predominio de la oralidad y el sistema de la libre apreciación o apreciación racional de la prueba. En materia de carga de la prueba, conforme al sistema acusatorio vigente en esa época, recaía sobre el demandante en relación con los hechos fundamento de sus pretensiones, y para el demandado, en los de sus excepciones.

La última fase, llamada *extraordinaria*, implantada al parecer por obra de Diocleciano, tenía como característica principal que el funcionario gozaba de una mayor injerencia en la dirección del proceso, puesto que disponía de facultades para impulsar la actuación; y, además, en lo que constituye reforma esencial, que desaparecieron las dos etapas, *in iure* e *in iudicio*, para dar paso a una sola, conocida y decidida por el *praetor* o magistrado, quien actuaba como representante del Estado, y, por ende, investido de jurisdicción. Subsiste el *formulismo* y, aunque persiste la oralidad, se consagra la escritura para un número mayor de actuaciones. Igualmente continúa en vigor la libre apreciación de la prueba, aunque empiezan a sentarse limitaciones, hasta ese entonces desconocidas, como la de quitarle valor al testigo único y no aceptar las declaraciones de ciertas personas. La administración de justicia se hizo onerosa, imponiéndose la condena en costas en la sentencia. Nace así lo que después, con modificaciones, configuraría la caducidad o perención de la instancia, que se fundó en el principio de que el juicio no podía durar sino tres años como máximo.

### 4. Proceso germano

El proceso germano fue tan antiguo como el romano o quizá como el griego, pero su irrupción en el mundo se produce con la invasión bárbara. Presenta principalmente dos fases, que corresponden a igual número de momentos históricos, siendo la primera el *germano estricto*, que va hasta el siglo v a. C., y la segunda, el *franco*, desde esa época hasta el siglo xii, aproximadamente.

La primera fase presentaba un proceso común para los asuntos civiles y penales, dominado por la actuación pública y oral, con vigencia total del sistema acusatorio, limitándose el funcionario a presidir la actuación y reconocer el resultado de la prueba, debido a que esta iba dirigida al adversario y tendiente a demostrar afirmaciones y no hechos.

El órgano encargado de la administración de justicia era la asamblea o reunión del pueblo. El juez o presidente, utilizando términos actuales, pronunciaba sentencia de acuerdo con un órgano permanente o designado al efecto.

El procedimiento se dirigía, en primer lugar, a una composición entre las partes, mediante acuerdo sobre la cantidad de dinero que debía pagarse a la familia de la víctima, ya que era el interés familiar el que estaba en juego. La actuación propiamente dicha se contraía a la citación privada efectuada por el demandante al demandado y cuya incomparecencia era castigada con penas, salvo demostración, dentro de cierto tiempo, de circunstancias que la justificaran. Presentes las dos partes ante el tribunal, el demandante exponía su demanda, observando las formalidades precisas establecidas, y debía invocar a la divinidad. Se invitaba luego al demandado para que la respondiera, quedándole solamente la alternativa de aceptar, allanándose, o de oponerse. En caso de allanamiento, se profería *sentencia condenatoria*; si se oponía, se dictaba *sentencia probatoria*. Esa providencia se denominaba así porque colocaba al demandado en el deber de justificarse, lo cual podía obtener mediante la prueba testimonial para establecer su buena reputación o, subsidiariamente, con los llamados *juicios de Dios o de la divinidad*, que consistían en someterse a la prueba del fuego o del agua, etc. Podía también presentarse un duelo entre las partes cuando la sentencia era rechazada por cualquiera de los presentes en el proceso.

La segunda fase o período franco se caracterizó porque, si bien la jurisdicción continuó radicada en la *Asamblea del Pueblo*, esta delegó sus funciones en un cuerpo reducido que se denominó *Dings*, los cuales se dividían en *perfectos*, que eran presididos por el conde y se limitaban a decidir asuntos importantes; y los *imperfectos* o *mixtos*, para causas menores y presididos por un funcionario subordinado del conde. Estos últimos desaparecen con el tiempo para dar paso a jueces permanentes llamados *scabini*. Subsisten las características procedimentales que distinguieron la anterior, pero ofrece una modalidad muy importante, que consistió en implantar ciertos actos escritos y el papel activo del funcionario en algunas actuaciones, concretamente la citación al demandado, la invitación a que compareciera para dar respuesta a la demanda y su intervención en el cumplimiento de la sentencia, que al principio solo fue una simple autorización, pero que posteriormente se efectuaba mediante el apoderamiento de bienes. En materia probatoria es donde se registra mayor avance. Se reconoce la *prueba documental*, dividiéndola en dos tipos: las *reales*, inatacables, y las *privadas*, susceptibles de impugnación. Se permitió la declaración testimonial a fin de establecer hechos, como sucede en la actualidad. Las contradicciones entre los testigos se resolvían mediante duelo.

Simultáneamente, en esta fase se presenta otro tipo de proceso, más reducido o sumario, que se surtía ante el *Tribunal del Rey* y para determinados asuntos, principalmente la denegación de justicia, y cuando se trataba de per-

sonas que gozaban de privilegios especiales. El tribunal encargado de tramitar y decidir el proceso era integrado por mandamientos reales, que lo investían de competencia. El fallo podía ser proferido en conciencia.

## 5. Proceso común

Esta etapa denota ya en forma definitiva una diferenciación total entre el proceso civil, que continúa dominado por el acusatorio, en la actualidad para ese campo llamado dispositivo, y el penal, que adopta definitivamente el inquisitivo; pero uno y otro, en el aspecto probatorio, acogen la tarifa legal o prueba formal.

La invasión de los germanos al Imperio romano y la consecuente caída de este, determinaron la fusión de los dos ordenamientos, a lo cual contribuyó especialmente el derecho canónico, que, inicialmente, fue acusatorio y limitado a causas matrimoniales y clericales, pero luego, por el influjo de la Iglesia, se extendió a otros asuntos y, como consecuencia de su absolutismo, adoptó el sistema inquisitivo, que caracterizó al penal.

Es importante en la evolución del proceso la influencia ejercida por el derecho canónico y los principios implantados por él. En el penal se distinguió la Inquisición, cuyo origen, al parecer, se encuentra en un decreto de Alejandro II, proferido en 1197 durante el Concilio de Letrán, en el cual aconsejaba la conveniencia de perseguir la herejía. Posteriormente se desarrolló mediante el tratado de París, de 1229, suscrito entre el conde de Tolouse y el cardenal Romain de Saintange, legado papal en virtud del cual aquel se comprometía a permanecer fiel al rey y a la Iglesia, obligándose a perseguir a los herejes.

El *procedimiento de la Inquisición* se codificó en 1229. El trámite consistía en que tres o cuatro monjes inquisidores llegaban a las poblaciones, reunían a los vecinos en la iglesia y mediante solemne sermón instaban a los culpables a que confesaran su falta, durante un plazo que variaba de quince a treinta días, denominado *de gracia*. Quienes así obraban obtenían misericordia y solo se les imponían penas benignas, que se reducían a una penitencia secreta. Transcurrido el plazo de gracia, los sospechosos eran perseguidos y se les adelantaba una detallada investigación. Primero se les citaba, de manera escrita o verbal (más usada esta última) por conducto del párroco. Si no comparecían, se les declaraba contumaces, imponiéndoseles primero la excomunión provisional y luego, al cabo de un año, la definitiva. Después se procedía al encarcelamiento, si era necesario, seguido del interrogatorio, sin límite ninguno. Posteriormente se procedía a la práctica de las pruebas, cuya carga recaía sobre el acusador. Dos declaraciones de testigos que coincidieran en los hechos tenían la calidad de plena, pero la prueba por excelencia fue la confesión, por lo cual y a fin de obtenerla se valían de todos los medios, inclusive el tormento, reconocido expresamente por la bula *ad extirpanda* del 15 de mayo de 1252, profe-

rida por Inocencio IV y ratificada por Alejandro IV el 3 de noviembre de 1259. Finalmente el tribunal —integrado por una especie de jurado, cuyo número de miembros iba de dos a veinte— adoptaba la decisión definitiva y, en caso de condena, se imponían tres tipos de penas: *confiscación de bienes, cárcel o muerte*.

El canónico sienta en el civil los lineamientos del posterior proceso común. En lo netamente procedimental se distingue el *período introductorio,* constituido por la demanda, la citación del demandado y la contestación; el *probatorio*, destinado a la práctica o recepción de pruebas; el *discusorio,* constituido por los alegatos de las partes; y, finalmente, el *decisorio*, representado por la sentencia. Más tarde venía la *fase ejecutoria*, destinada al cumplimiento de la sentencia. En materia probatoria sienta los principios tarifarios y el sistema acusatorio o dispositivo, con predominio de la escritura.

La organización jurisdiccional en esta fase o etapa se centraría en los señores feudales y los monarcas, pero unos y otros delegaban esas facultades en funcionarios permanentes. Los reyes, con el fin de centralizar el poder y concentrar en su cabeza la administración de justicia, sustrayéndola a los señores feudales o, a lo menos, fijarles pautas o reglas, adoptaron el sistema de la tarifa, complementado con el inquisitivo, en donde la prueba principal era la confesión.

En el penal se generaliza en Europa el sistema inquisitivo, constituido por tres etapas, representadas por la *inquisición general*, de carácter secreto y tendente a instruir; la *inquisición especial*, que implicaba un nuevo examen de la prueba; el *llamamiento* correspondiente a responder en juicio; para luego pasar a este, donde el acusado solo podía solicitar una atenuación de la pena.

Frente al inquisitivo imperante en el penal, surge en el civil el denominado *proceso común*, cuyo nombre obedece a que se destinó para ventilar todas las controversias, salvo ciertos asuntos para los cuales, por su índole, se fueron estableciendo trámites especiales. El proceso común presenta predominio del sistema escrito y, por ende, su división en etapas o estancos precisos. En materia probatoria adopta la tarifa legal. El trámite se contraía a la demanda, la cual se le hacía conocer al demandado previa citación de carácter coercitivo, puesto que su incomparecencia aparejaba apropiación de bienes por parte del demandante. El demandado podía oponerse mediante el empleo de medios exceptivos, dirigidos unos contra el proceso (dilatorios) y los otros contra la pretensión (perentorios). Posteriormente se prestaba juramento de malicia, que no solo servía para protestar la buena fe del litigante, sino para establecer los términos de la contienda. Venía luego la fase probatoria, que estaba precedida de las *posiciones*, como medio para obtener la confesión, caracterizada por la pregunta asertiva. Precluida la anterior etapa, se citaba a las partes para sentencia y se profería esta, contra la cual procedía el recurso de apelación. La ejecución era principalmente de carácter patrimonial, aunque existía la prisión por deudas.

## 6. PROCESO LIBERAL

La Revolución francesa y los principios que la inspiraron denotan la terminación y consiguiente iniciación de un nuevo sistema político y económico, al cual no fue extraño el derecho procesal y el proceso en particular.

El criterio del *laissez faire, laissez passer*, encontró un campo propicio en el proceso común, que subsiste en esta etapa, porque su contenido, esencialmente privatístico, permitía a las partes trazar la materia u objeto de la controversia y disponer de esta, por lo cual el juez solo se limitaba a fallar, siguiendo al efecto la tarifa legal de pruebas. Continuó vigente el sistema dispositivo absoluto.

En penal es donde ocurre la transformación esencial, pues, como consecuencia de la implantación del jurado de conciencia, se adopta el sistema del íntimo convencimiento, al paso que en materia procesal se divide la actuación en dos fases, destinada la primera a la *instrucción*, de carácter inquisitivo, mientras que la segunda, de *juzgamiento*, queda regida por el sistema acusatorio. La acusación le pone término a la primera y da comienzo a la segunda.

Terminan los procedimientos secretos y el empleo de la tortura, se consagra el derecho de defensa, cuya omisión acarrea nulidad, la libertad caucionada, la fundamentación de las sentencias y la publicidad del juzgamiento. Estos principios, promulgados y sustentados por MONTESQUIEU, BECCARIA y VOLTAIRE, entre otros, fueron adoptados como normas positivas por la ordenanza francesa de 1670, Lombardía en 1768, en Piamonte en 1770, en Nápoles en 1738, en Toscana en 1786, etc.

En Francia, que ocupó el primer lugar en el movimiento renovador del proceso penal, la jurisdicción la ejercían *tribunales criminales, correccionales y de policía*, que conocían, respectivamente, de crímenes (delitos graves), delitos (delitos leves) y contravenciones (faltas). El primero actuaba con la intervención de doce jurados, a quienes les correspondía proferir veredicto. La actuación se surtía en tres fases: la primera, de *carácter instructorio*, ante el juez de paz; la segunda ante el jurado de la acusación, que *calificaba el mérito de la instrucción*; y, finalmente, la tercera ante el tribunal y el jurado encargado de fallar, denominada *juicio*.

Las características procedimentales propias de esta etapa vienen a manifestarse en el *Código de Instrucción Criminal francés* de 1808, al establecer las dos fases mencionadas, de las cuales sobresalía la primera por ser de índole secreta, instructiva, sin acceso a la defensa, con aseguramiento del sindicado y adelantada por un juez instructor, de carácter netamente inquisitivo; mientras que la segunda resaltaba puntos opuestos, por cuanto colocaba al acusado en pie de igualdad con el acusador, representado por el ministerio público, tenía derecho a la defensa y la actuación se surtía de manera pública, relevando, por consiguiente, su claro contenido acusatorio.

Esos principios y el procedimiento adoptado por el Código francés se extendieron por toda Europa, habiéndose consagrado en España mediante la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, que sirvió de pauta a la legislación de los Estados latinoamericanos.

## 7. Democratización del proceso

Esta última etapa, que registra la tendencia actual, llamada la *democratización del proceso*, ofrece como característica un acercamiento entre las dos ramas principales, la civil y la penal, que se manifiesta por la adopción de unos principios comunes, como son el de la oralidad y la libre apreciación de la prueba o apreciación racional, así como de un procedimiento de carácter mixto, pues conjuga aspectos propios del inquisitivo y el acusatorio.

En penal la orientación seguida por la llamada familia romano-canónica, aplicada en Europa continental occidental y Latinoamérica, excluidos los países del *common law,* conserva las dos fases representadas por el *sumario* y el *juicio*. En efecto, el sumario es de carácter secreto e instructivo (inquisitivo), y se inicia en virtud de denuncia formulada por cualquier persona y en aras del deber que en tal sentido le impone la ley, o por el agente del ministerio público, o bien directamente por el funcionario jurisdiccional, vinculando al sindicado mediante la indagatoria, que constituye la oportunidad para formular descargos y en la cual está asistido por apoderado. El juicio es oral y público (acusatorio). Se inicia con el llamamiento respectivo mediante el auto de proceder, y luego, si es necesaria, se surte la fase probatoria, para después efectuar la audiencia, en donde se escucha a las partes para que formulen sus cargos y descargos y, finalmente, proferir el correspondiente fallo.

Todo el proceso se caracteriza por las plenas facultades de que dispone el juez para decretar las pruebas necesarias a fin de establecer los hechos y su autor, correspondiéndole también verificar las circunstancias atenuantes que existan en favor del sindicado. Se reemplaza el principio del íntimo convencimiento por el de la libre apreciación, por la tendencia a desalojar el jurado por el juez de derecho, en razón de las dificultades de carácter práctico y jurídico con que se tropieza para reunir a sus integrantes y, además, por el desconocimiento que tienen de las normas positivas, que genera frecuentes veredictos contradictorios.

El paso trascendental que distingue esta etapa se registra en el civil. La socialización o democratización del proceso se contrae a dotar al funcionario de plenos poderes que tiendan a lograr una efectiva igualdad de las partes y llegar a la certeza de los hechos, evitando, de consiguiente, que la parte más poderosa y de mayores recursos obtenga ventajas y desfigure la realidad. Es así como, en desarrollo de ese aspecto —producto del sistema político moderno de intervención estatal—, se conserva el tradicional sistema dispositivo como

consecuencia del carácter privatístico del derecho sustancial, que se manifiesta en la demanda, como requisito indescartable para iniciar el proceso, el reconocimiento de las excepciones propuestas por el demandado (aunque existen algunos códigos que permiten el pronunciamiento oficioso sobre la mayoría de ellas), la concordancia entre el pedimento y la decisión, la impugnación a instancia de parte y la disponibilidad del derecho litigioso; pero se consagra para el juez el poder de dirigir en forma activa el debate, mediante la facultad de decretar pruebas de oficio para establecer o aclarar los hechos e intervenir en las ordenadas a petición de interesado. Prevalece la actuación oral a fin de cumplir el principio de la inmediación y se adopta el sistema de la libre apreciación, que reemplaza a la tarifa legal.

Dichos principios surgen en el civil con el código austríaco de 1895, obra del procesalista FRANZ KLEIN, quien desde tiempo atrás propugnaba la abolición del sistema liberal y la adopción de criterios tendientes a obtener una verdadera justicia, los cuales fueron recogidos posteriormente, en mayor o menor grado, por la mayoría de los países europeos que integran la familia romano-canónica, entre ellos Hungría en 1911, Dinamarca en 1919, Noruega en 1927, Polonia en 1933, Suiza en 1948, Finlandia en 1949 y Alemania en 1933, donde cristalizó la idea proyectada en 1931, mediante la reforma del *Zivilprozessordung*.

Pero algunos de esos criterios se manifestaron legalmente en Francia en el Código de Napoleón de 1806, al disponer la abolición de la valoración numérica y formalista del testimonio, lo cual constituyó un gran avance para su época, aunque fue solo hasta 1958 cuando, mediante la reforma del estatuto procesal civil, se alineó ya de manera definitiva en la etapa de la socialización.

## **8.** PROCESO SOCIALISTA

Frente a la anterior situación se encontró el proceso socialista, acogido por los regímenes de la Europa Oriental, con la Unión Soviética a la cabeza. Si bien en esos países el socialismo tiende a desaparecer para dar paso al mercado libre, no por ello pierde importancia el proceso jurisdiccional adoptado por ese sistema, pues no solo comparte muchos de los criterios o principios que caracterizan la etapa de la socialización del romano-germano, como es la calidad publicística de ciertas situaciones jurídicas, que constituyen la tendencia general, sino porque los cambios registrados como consecuencia del nuevo criterio económico adoptado atañen al derecho sustancial y no al procesal.

Por tales razones consideramos que el proceso acogido por el socialismo continúa vigente en muchos de sus principios; empero, cualquiera que sea su suerte, es de incuestionable importancia, por el considerable avance que supone tener una administración de justicia recta y, en cierto sentido, popular.

Esta circunstancia nos lleva a analizar ese tipo de proceso, de acuerdo con la información que poseemos, ya expuesta en nuestras anteriores ediciones.

El proceso sigue los mismos lineamientos generales que caracterizan la etapa de la socialización en la familia romano-canónica, o sea, plenos poderes al juez para dirigir el debate, decretar y practicar pruebas, actuación oral y libre valoración de la prueba; pero descuella por una modalidad novedosa —que es en donde reside su esencia—, consistente en el contenido publicístico del derecho sustancial, traducido en determinadas limitaciones para las partes por considerar que atañen al interés general.

Tales limitaciones se contraen a que, en determinadas situaciones, la iniciativa para instaurar el proceso recae en el agente del ministerio público o, inclusive, de oficio por el propio juez, conforme a lo dispuesto por el artículo 351, apartado 3º, y el artículo 340, apartado 36, respectivamente, del Código de Procedimiento Civil de la República Socialista Soviética Rusa de 1964, que es reproducción del de 1923, seguido por la totalidad de los Estados socialistas, y también por la no disponibilidad del derecho litigioso, que consagró el artículo 34, apartado 3º, del citado Código, al preceptuar que el tribunal no aceptaría la renuncia de la acción (debe entenderse pretensión) por el actor, y el reconocimiento de la acción por el demandado (allanamiento), y no aprobaría la conciliación amigable de las partes, si tales actos fuesen violatorios de la ley o los derechos y los intereses legítimos de quien quiera que sea, lo cual constituye aplicación del sistema inquisitivo.

Ofrece como peculiaridad la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre todas las excepciones que aparezcan demostradas, sin consideración a su invocación por parte del demandado (art. 82); el que pueda fallarse por encima (*ultra petita*) y por fuera (*extra petita*) de lo pedido en la demanda (art. 195); poder examinar los recursos sin sujeción a límite alguno (art. 294) e, incluso, proponer la revocación cuando se descubran nuevos hechos, aun a instancia del ministerio público (*protesta*) (arts. 333 y 334).

La organización jurisdiccional la constituían cuatro órdenes jerárquicos que, en línea ascendente, estaban representados, en la base, por los tribunales populares, en un nivel superior, los tribunales provinciales y los tribunales supremos de cada Estado, para encontrar, en la cúspide, el Tribunal Supremo. Su distintivo reside en que todos los jueces son elegidos por voto popular y que el conocimiento y fallo de los asuntos se verifica mediante órganos colegiados, integrados —cuando el titular es único— con vecinos de la localidad, sorteados de listas previamente confeccionadas y que deben constituir la mayoría, según lo previsto por el artículo 103 de la Constitución.

En el civil y por lo que concierne al trámite del proceso, sigue las orientaciones del sistema romano-germano. La demanda —salvo casos muy limitados— se presenta por escrito y sujeta a determinados requisitos, como son

las pretensiones, los hechos en que se funda, etc. Si el tribunal considera que se dan los presupuestos de capacidad de las partes, competencia, formalidades de redacción, etc., la acepta y ordena darle curso; caso contrario, la niega. El demandado se vincula mediante la notificación personal de la providencia que admite la demanda y puede proponer impedimentos procesales y oponerse a las pretensiones, sea mediante la simple negativa de los hechos que las fundan o alegar excepciones. Así mismo —con las limitaciones antes indicadas— puede allanarse.

La actuación principal se denomina *vista judicial* y está constituida por una audiencia que se surte luego de la vinculación del demandado y tiene por objeto practicar las pruebas, formular los alegatos de conclusión de las partes y proferir la correspondiente sentencia. La audiencia se lleva a cabo en el despacho del juez, pero, si es necesario practicar inspección judicial, se realiza donde se encuentren los elementos materia de ella.

La sentencia hace tránsito a cosa juzgada y se cumple inmediatamente, pero, si en virtud de un recurso llega a revocarse, las cosas vuelven al estado que tenían, fenómeno este que recibe el nombre de *revocación de la ejecución*. Contra la sentencia de primera instancia procede la *casación*, equivalente a nuestra apelación, y puede ser interpuesto por la parte afectada, en cuyo caso se denomina *recurso*, o del ministerio público (Procuraduría), supuesto en el cual se le da el nombre de *protesta*. Existe también el *recurso de revisión*, que, en el fondo, guarda similitud con el que reconoce nuestra legislación, con la diferencia de que solo puede ser propuesto por determinados funcionarios.

En el proceso penal soviético se permitía dilucidar la responsabilidad civil o indemnización como consecuencia del delito frente al obligado, que puede ser persona distinta del autor del ilícito. Al efecto, en este proceso las partes las constituían el agente del ministerio público (Procuraduría), el acusado, el demandante civil (quien reclama los perjuicios ocasionados con el delito, que puede ser persona diferente del ofendido) y el demandado civil (que es quien debe sufragarlos y que, como dijimos, puede ser distinto del acusado, como sucede con la entidad patronal que responde por su trabajador).

El trámite en el proceso penal se desarrolla mediante cuatro fases: la de averiguaciones, la de investigación preliminar, la administrativa y el juicio.

La de *averiguaciones* se realiza por funcionarios policivos y con base en la información que cualesquier persona suministre o por el conocimiento directo que ellos tengan de los hechos. Se contrae a verificar todas las diligencias que se consideren necesarias para establecer la existencia del delito y su autor, como son inspecciones, allanamientos, detención de sospechosos, etc. Tres días después de recibido el informe se le comunica al funcionario competente para que determine si hay o no lugar a iniciar el proceso.

La segunda fase o *investigación preliminar* le corresponde a un investigador adscrito a la Procuraduría, y se inicia, una vez recibida la comunicación,

con la lectura que se le hace al acusado de los cargos que existen contra él, preguntándole luego si los admite o no, para pasar después a recibirle declaración, que guarda similitud con nuestra indagatoria y puede hacerse acompañar de un abogado. A continuación se practican las pruebas a que haya lugar, en las cuales participan todas las partes. El término de la investigación es de dos meses, pero puede ampliarse por otro mes, con fundamento en la solicitud que en tal sentido formule el procurador regional. Culmina esta etapa con la acusación que redacta el investigador, la cual, además, contiene los nombres de los testigos y las actuaciones llevadas a cabo. La acusación pasa al procurador, que puede anularla, devolverla para nueva investigación, o bien aceptarla. En este último supuesto, se envía al tribunal encargado de juzgar el caso.

Recibida la acusación en el tribunal, se inicia la tercera fase, en la cual este órgano, mediante *sesión administrativa*, decide si anula la acusación, devuelve la actuación para una nueva investigación, o acepta los cargos, en cuyo caso se le entregan al acusado, para pasar a la última etapa.

El *juicio* se surte mediante audiencia pública, que comienza preguntándole al acusado si tiene recusaciones que proponer contra los integrantes del tribunal; una vez resuelto este punto, se le interroga para que manifieste si es o no culpable. La confesión es plena prueba, si se encuentra confirmada con otras pruebas. A continuación se reciben las declaraciones de los testigos, quienes, de manera semejante a lo preceptuado en nuestro ordenamiento, deben hacer un relato completo y detallado de todo lo que conozcan, para luego ser interrogados por el tribunal y las partes. No existe el interrogatorio de pregunta corta y su correspondiente respuesta, característico del sistema del *common law*. El acusado puede declarar, si lo estima conveniente, pero no es responsable por declaración falsa.

Practicadas las pruebas, se concede el uso de la palabra, sin límite alguno, por una vez, primero al fiscal, luego al defensor y, finalmente, al acusado, quien no puede ser interpelado. Concluidas las intervenciones de las partes, el tribunal se retira a deliberar y allí mismo profiere la sentencia, la cual debe ser fundamentada. Contra esta decisión proceden los mismos recursos que existen en el proceso civil, o sea, la segunda instancia y el de revisión, igualmente a instancia de ciertos funcionarios (protesta).

### 9. Proceso del "common law"

El sistema inquisitivo característico del penal y el común que distinguió al civil, no llegaron a Inglaterra. En este país la influencia romana fue nula y la Iglesia y su inquisición no encontraron acogida, porque Enrique II combatió directamente la herejía Catara, no muy arraigada, declarándola fuera de la ley en 1166.

Se gesta un nuevo sistema jurídico, que estructura una familia diferente dentro del concierto mundial, extendida posteriormente a Estados Unidos y los demás países de influencia anglosajona. Este sistema recibe el nombre de *common law* y lo constituye el conjunto de reglas que se originan en la costumbre y adquieren jerarquía y fuerza obligatoria merced a la jurisprudencia, que viene a ser la reguladora de la conducta sustancial.

El sistema del *common law* se funda en las decisiones de casos análogos al que es objeto de decisión y constituyen el derecho no codificado o de la jurisprudencia, contrapuesto al *statute law* o normas emanadas del Parlamento en forma de ley. Frente a una situación concreta el juez verifica como se han decidido las análogas precedentes. Lo ordinario es que encuentre un pronunciamiento precedente y con fundamento en él profiera la sentencia, que ingresa a formar parte del *common law,* como *declaratory precedent*, o continuadora de determinada tradición de la jurisprudencia. Es factible, empero, que el juez no encuentre precedentes para una nueva situación, decidiendo entonces con fundamento en los principios generales del derecho y su sentencia se convertirá en un *original precedent*, que servirá de fundamento para situaciones semejantes que se presenten en el futuro. Con esa finalidad la sentencia consta de una breve relación de los hechos, la decisión y las razones o fundamentos de esta, que constituye la *ratio decidendi,* en la cual los jueces se apoyan para determinar si un caso futuro se adapta al sometido a su consideración. Un mismo pronunciamiento puede determinar varios precedentes, cuando está justificado en pluralidad de razones.

El proceso del *common law* es eminentemente verbal y contrasta con el ordenamiento escrito de influencia romano-canónica que impera en el continente; se aplicó en un principio por la *Asamblea de Hombres Libres*, denominada *County Court* o *Hundred Court* y, posteriormente, por el *Courts Baron, Court Leet* y el *Manorial Courts*, tribunales de la jurisdicción señorial, para, finalmente, ser adoptada y elaborada por los tribunales reales, llamados de *Westminster*, localidad donde han tenido su sede desde el siglo XIII. En sus inicios, estos tribunales reales solo conocieron de casos excepcionales o de alta justicia, pero luego, a finales de la Edad Media, al resultar vencedores en su lucha con los señores feudales, adquieren la totalidad de la jurisdicción, dejándole a la señorial solamente algunos asuntos de poca importancia. El triunfo de los tribunales reales obedece a que el monarca no solo les impuso la reforma judicial que permitía a todos los caballeros y campesinos libres acudir directamente a ellos, prescindiendo de los señores feudales, sino que disponían de mayores facultades para citar testigos y recibirles juramento.

El *common law* fue insuficiente para resolver todas las controversias, debido a que algunas eran incompatibles con ese sistema, regido por el jurado, por lo cual los afectados optaron por acudir directamente al rey, *fuente de toda justicia y gracia*. El soberano atendía los asuntos por conducto del canciller,

quien terminó por asumir la función, adoptando sus decisiones en consideración a *la equidad del caso particular*, siguiendo un procedimiento escrito, sin intervención de jurado, y orientado por los principios canónicos y romanos. Nace así un nuevo sistema, paralelo al *common law,* denominado *equity*, que se ejerce por el *Tribunal del Canciller*, cuerpo al cual este delega tal función, que es controlado por la Cámara de los Lores a partir de 1624.

Desde 1873, en virtud de la *Judicature Act*, los tribunales más representativos de los dos sistemas imperantes, el *common law* y el *equity,* se refunden en un solo órgano jurisdiccional, constituido por la *Supreme Court of Judicature*, que tiene dos escalones, integrados por la *High Court of Justice*, a donde normalmente se dirigen los asuntos, formada esta a su vez por tres divisiones, que son el *Queen's Bench Division* (División del Banco de la Reina), *Chancery Division* (División de la Cancillería) y *Probate, Divorce and Admiralty Division* (División de testamentos, divorcios y asuntos marítimos), y la *Court of Appeal*, que conoce la segunda instancia de las providencias proferidas por la *High Court* y las procedentes de jurisdicciones inferiores.

Dichas jurisdicciones en materia civil están integradas por los *County Court*, que tienen amplia competencia; en penal, por los *Justices of the peace*, que conocen de las infracciones menores (*indictables offences*) y de las infracciones mayores (*pety offences*), y un tribunal de *Quarter Sessions*, que exigen la presencia del jurado, y atiende las infracciones graves.

En Inglaterra subsisten los dos sistemas mencionados, caracterizado, el del *common law*, por ser acusatorio y verbal, realizado mediante audiencia, donde inicialmente se formulan los puntos de discrepancia, para pasar luego a la prueba testimonial, que prácticamente viene a constituirse en la principal, recepcionada mediante el interrogatorio cruzado de los dos apoderados, en lo que se denomina *examination in cheif* y *cross examination*, y, finalmente, se profiere la decisión, en muchos casos emitida por un jurado. Toda la actuación se surte en la mayor brevedad, sin interrupción, salvo las esenciales y por el tiempo estrictamente indispensable, de tal manera que se cumpla *the day in Court* (día de Corte). Paralelamente existe el sistema de *la equidad,* de carácter escrito y con influencia romana, destinado a decidir determinados asuntos, como es el ejecutivo.

La actuación en penal se inicia con el arresto del sindicado o sospechoso, sin mediar mandato judicial, o en virtud de denuncia, constituida, por lo general, por la declaración efectuada por la policía al juez. A partir de 1985, cuando entró en vigencia la Ley de Acusación Penal (*Prosecution of Offences Act*) le corresponde al Servicio de Acusación Pública con la dirección del director. Para asegurar la presencia del sindicado se expide un *emplazamiento,* cuando el delito no es grave y se prevé que el sindicado comparezca; supuesto contrario, se profiere *mandato judicial,* que es orden escrita, destinada a la policía para que detenga al sindicado. Hay un examen preliminar a cargo de jueces

examinadores, que determinan si las pruebas son lo suficientes para remitir al acusado a un juicio. El pliego de cargos (*indictment*) que se formula al acusado da inicio al juicio, que se surte mediante audiencia pública y previa designación del jurado.

En Estados Unidos, donde también han tenido asidero el sistema del *common law* y el de la *equidad*, aunque con variantes, presenta una doble organización jurisdiccional, integrada, de una parte, por la *federal*, compuesta por las *cortes de distrito*, de carácter unipersonal, que actúan con intervención de jurado o sin ella; las *cortes de circuito*, que conocen de las apelaciones de las decisiones proferidas por aquellas; y una *Corte Suprema*, como máximo organismo; y, de otra, por el *estadual*, propia de cada uno de los diferentes Estados que integran la Unión y compuesta por unos tribunales destinados a los asuntos de menor y mayor cuantía, denominados *de primera instancia*, las *cortes de apelaciones*, que conocen de la segunda instancia, y las *cortes supremas*.

El procedimiento civil en Estados Unidos guarda identidad con el inglés y presenta, como nota característica, el *antejuicio*, que se contrae a la citación de las dos partes para que comparezcan ante el magistrado o un funcionario designado al efecto con el fin de fijar los puntos objeto de la controversia y los hechos materia de la prueba para tratar de obtener la conciliación. La demanda se presenta oralmente o por escrito y lo propio se hace en cuanto a la contestación, pasando luego a la audiencia pública, donde primero se leen esas dos piezas y a continuación la recepción de la prueba, centralizada en la testimonial, después los alegatos de las partes, para, por último, proferir la sentencia, generalmente dictada por un jurado y carente de motivación.

El ejecutivo en Estados Unidos presenta diferencias según la naturaleza del fallo. Si la obligación se impone mediante el denominado *fallo monetario*, el acreedor obtiene la ayuda del tribunal que lo profiere y de sus funcionarios para obtener el pago. Si el deudor paga voluntariamente, se archiva el expediente dejando la constancia correspondiente. Supuesto contrario, se hace registrar en las oficinas del estado donde se llevan los registros de propiedades, convirtiéndose en un embargo. Además el acreedor tiene derecho, dentro de un tiempo limitado, a ejecutar el fallo contra la propiedad del deudor, consistente en el apoderamiento (secuestro) y venta por el funcionario del tribunal (Sheriff del condado). Al efecto el abogado del acreedor libra la orden al Sheriff conocida como *de ejecución contra la propiedad*. Si se impone condena a pagar una cantidad de dinero mediante *fallos en personam*, también permite afectar la propiedad del deudor, pero, además, sino paga, queda sometido a prisión hasta que la cancele, por configurar desacato a la orden del tribunal. Actuación semejante a esta se presenta cuando el fallo impone obligaciones distintas de pagar dinero, como son las de dar, hacer, o no hacer.

Las cautelas en el derecho americano se denominan *recursos provisionales de conservación* y varían de acuerdo con la naturaleza del asunto que

persigan garantizar. Consisten en la inmobilización, que puede recaer sobre bienes, *in rem*, mediante la inscripción en la respectiva oficina, o de personas, por la prestación de fianza que garantice el cumplimiento; el controlador de renta del deudor o administrador judicial (semejante a nuestro secuestre) y la interdicción temporaria o *temporary injuction*, que consiste en abstenerse de realizar actos de disposición o gravamen sobre determinados bienes.

En penal se siguen los lineamientos generales del sistema inglés, salvo que el ministerio público ocupa lugar prominente, puesto que le corresponde la etapa instructiva, la formulación de la acusación y la carga de la prueba, tendente a demostrar la existencia del delito y la responsabilidad del sindicado. El proceso se inicia con la acusación, que es formulada por el gran jurado, o el informe, propuesto por el fiscal, con fundamento en lo cual se indaga al sindicado para que acepte o niegue su culpabilidad. El juicio se inicia con la designación del jurado y la declaración de apertura (cargos de la fiscalía) y el alegato inicial (respuesta de la defensa). Cuando de los alegatos iniciales no se profiere veredicto de absolución, se surte la fase probatoria y luego los alegatos finales. El jurado emite su veredicto, que el juez puede dejar de lado si lo considera contrario a la realidad. La sentencia es susceptible de apelación y esta, a su vez, de otra ante la Corte Suprema de Justicia con fundamento en violación del debido proceso.

## **10.** Proceso colombiano

Entre nosotros la influencia española ha sido acentuada, debido a que su legislación no solo rigió durante la Colonia, como era obvio, sino que continuó vigente aun en los inicios de la Independencia y hasta casi los tiempos actuales, puesto que la mayoría de los códigos, incluyendo la ley 105 de 1931 (Código Judicial), anterior al actual, fueron informados por las leyes de enjuiciamiento (como se llama a los códigos de procedimiento) español.

Por lo anterior, se impone considerar la evolución del derecho procesal español, el cual, según autorizado criterio, conforma una línea propia, independiente de las grandes familias antes consideradas, aunque, desde luego, con marcado criterio romano-germano, para luego analizarlo en nuestro medio.

En España subsistieron dos ordenamientos procesales, que corresponden a las corrientes que la poblaron. Por una parte, los iberos, habitantes originales de la península, tuvieron la influenza del derecho romano, recopilado en el *Breviario* de Alarico, mientras para los visigodos rigió el Código de Tolosa, proferido entre los años de 466 y 484 y obra de Eurico, antecesor de aquel.

La convivencia de iberos y germanos eliminó paulatinamente las diferencias existentes entre ellos y determinó que en el año 654 se promulgara el *Fuero Juzgo* o *Forum Judicium* o *Code Visigothorum*, considerado como el primer código nacional, resultado de la fusión de esas dos grandes razas, base de la legislación española y, consecuencialmente, de la americana.

La invasión de los árabes no alteró las situación vigente en España, por cuanto los conquistadores respetaron las costumbres, creencias y leyes de los pueblos sojuzgados, por lo cual la administración de justicia continuó administrándose por los mismos funcionarios, condes, magistrados y jueces, y aplicándose el *fuero juzgo*. La administración de justicia se realizó conforme el buen sentido práctico, denominándose *adbedrios* a las decisiones proferidas por los árbitros y *fazañas* a las emanadas de los jueces o el rey, calificativos que distinguieron esta etapa.

Ese tipo de actuación se extendió merced al *Fuero de León*, establecido por Alfonso IV, pero simultáneamente, con la concesión de las tierras conquistadas, se creó el sistema de señoríos con sus jueces; el rey se reservaba el recurso de apelación. Esto determinó la extensión de la legislación foral, dentro de la cual y con influencia en nuestra organización, tuvieron importancia, además del *Fuero Juzgo*, el *Fuero Viejo de Castilla* y el *Fuero Real* de 1254, las *Siete Partidas* de 1348, la *Nueva Recopilación* de 1567 y la *Novísima Recopilación* de 1804 y 1805.

El *Fuero Real* fue un intento de unificar la legislación española y consolidar la autoridad del rey, dándole prelación a ese ordenamiento sobre las restantes. Reguló en forma pormenorizada los juicios y en materia penal consagró penas muy severas.

Las *Siete Partidas*, obra magna y monumental, aunque desde el punto de vista técnico deja mucho qué desear, tuvo clara influencia romana y contribuyó en forma importante a la unificación de la legislación. En su libro tercero, destinado al derecho procesal, que consta de veintisiete títulos, hace una regulación demasiado pormenorizada de quiénes pueden ser partes y cómo comparecen, de los jueces, los escribanos, los pesquisidores (encargados de recepcionar las pruebas), de la contumacia, del juramento, la confesión, los testimonios, los términos, los juicios, de la alzada, las anulaciones y la forma de cumplir las sentencias.

Con antelación a las *Siete Partidas* se expidió el *Espéculo*, publicado en 1256, que "recogió —como lo expone JACINTO PALLARES— las leyes más justas y útiles de los fueros de Castilla y Aragón, comunicándose sellado a todas las villas para que fuese observado, sobre todo en las apelaciones a la corte, recurso que tanto sirvió para afirmar y extender la jurisdicción real y con ella la unidad nacional". Su estructura y los temas objeto de regulación fueron prácticamente los mismos que posteriormente quedaron en las *Siete Partidas*, pero solo se ha podido rescatar parte de su contenido.

En el territorio americano y durante la dominación española, la justicia se administraba en nombre del rey, máxima autoridad, y la organización jurisdiccional estaba distribuida en España y América. Con residencia en España se hallaban el *Supremo Consejo de Indias* y la *Casa de Contratación*. En un comienzo, el Supremo Consejo de Indias fue asesor del monarca, pero luego

adquirió plena autonomía y le correspondió conocer de la última instancia (recurso de segunda suplicación) de los asuntos civiles y penales decididos por las audiencias reales, así como tramitar los juicios de residencia de los gobernadores, corregidores y alcaldes. A la Casa de Contratación le competía lo concerniente al comercio y la navegación, sin discriminar si el caso era civil o penal.

Con asiento en América estaban las *audiencias reales*, entidades de segunda instancia (apelación) de los asuntos civiles y penales resueltos por los gobernadores y alcaldes; el *consulado*, para todo lo relativo al comercio, y el *cabildo*, competentes en los de menor cuantía y de las apelaciones interpuestas contra las decisiones de los alcaldes por violación de las ordenanzas (justicia municipal). Finalmente, los gobernadores, intendentes y alcaldes conocían en primera instancia de ciertos asuntos civiles y penales.

En nuestro medio, consolidada la Independencia, en virtud de la Constitución de 1821 y mediante la ley del 15 de mayo de 1825, se dispuso que continuara vigente el ordenamiento positivo español mientras no existiera disposición en contrario emanada del nuevo Estado que regulara la materia. Solo viene a producirse un sistema normativo completo en el año de 1845 con la llamada *Recopilación Granadina*, hecha por don LINO DE POMBO, de influencia netamente española.

Al presentarse el federalismo en 1858, el entonces Estado Soberano de Cundinamarca adopta los códigos de procedimiento vigentes en España, que luego pasan a ser de la nación cuando esta asume el régimen centralista en 1886. Con la ley 105 de 1931 —denominada Código Judicial, puesto que se componía de tres libros, destinados a la organización jurisdiccional, el procedimiento civil y el penal— se patentiza la influencia española, ya que sus fuentes se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Penal de 1872 y la de Enjuiciamiento Civil de 1851. El Código Judicial —aunque así continuó llamándose— perdió realmente su calidad al derogarse la parte pertinente al procedimiento penal, que fue reemplazada por un nuevo código sobre la materia, adoptado por la ley 94 de 1938.

La tendencia a la socialización del proceso viene a presentarse en el Código Procesal del Trabajo, adoptado por el decreto 2158 de 1948. Este estatuto creó su propia organización jurisdiccional y consagra el sistema de la oralidad; da al funcionario judicial plenos poderes para decretar pruebas de oficio, intervenir en su práctica y fallar *extra* y *ultra petita*; establece el sistema de la libre apreciación de la prueba y permite el empleo de cualquier medio probatorio.

Los principios de la socialización, dentro de las limitaciones ya expuestas, cristalizan en 1970, cuando se expide el decreto 1400, actual Código de Procedimiento Civil, elaborado por una distinguida comisión de juristas, en la cual sobresalió el doctor HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, quien, de tiempo atrás, venía propendiendo la adopción de esos criterios. Ese ordenamiento permite

al funcionario judicial ejercer facultades extraordinarias, que se materializan en el poder decretar pruebas de oficio; citar a terceros cuando estime que los afectan las resultas del proceso como consecuencia de la conducta dolosa de las partes; reconocer todas las excepciones de mérito existentes que aparezcan probadas, aun sin invocación por el demandado, salvo las de compensación, prescripción y nulidad relativa, que deben ser propuestas en la contestación de la demanda; fallar, apreciando las pruebas de acuerdo con la crítica racional, y utilizar cualquier medio probatorio para establecer los hechos. La actuación conserva el predominio del sistema escrito, salvo la práctica de pruebas de carácter personal (declaración de parte y testimonio), que se lleva a cabo verbalmente en audiencia.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la ley 30 de 1987, mediante la cual se le otorgó facultad al ejecutivo para que durante dos años reformara la administración de justicia y creara la jurisdicción agraria y la de familia. Con base en tales autorizaciones se expidió el decreto 2282 de 1989, que le efectuó varias reformas al Código de Procedimiento Civil, entre ellas, como fundamental, introducir en la mayor parte de los procesos de conocimiento la *audiencia preliminar*, destinada principalmente a propiciar la conciliación entre las partes, y extender la oralidad en la actuación, al consagrar dos modalidades del proceso verbal y asignarles un considerable número de asuntos. Por lo demás, conservó los principios que informaron el ordenamiento de 1970 y aclaró algunos aspectos que habían sido objeto de controversia.

Con apoyo en la misma ley 30 de 1987 y mediante los decretos 2272 y 2303 de 1989 se crearon las jurisdicciones agraria y de familia, respectivamente, las cuales constituyen ramas especializadas, por cuanto los asuntos que les están atribuidos corresponden al ordenamiento civil y el procedimiento a seguir en muchos casos es el mismo previsto por el Código de Procedimiento Civil. Los criterios que rigen la jurisdicción agraria y la de familia son los mismos que informan el Código de Procedimiento Civil, por cuanto las disposiciones de este ordenamiento se aplican para suplir los vacíos dejados por ellas, lo que acontece particularmente en materia probatoria.

Así mismo, con base en la ley 30 de 1987, se expidió el decreto 2273 de 1989, mediante el cual se insinúa la creación de la jurisdicción comercial, al atribuírsele a unos jueces civiles del circuito de algunas capitales de departamento, que reciben la denominación de *especializados*, competencia para conocer determinados procesos de carácter mercantil.

El Código Contencioso Administrativo, decreto 1 de 1984, no tiene una orientación o criterio propio, por cuanto en lo pertinente se remite al procedimiento civil, motivo por el cual registra la misma evolución que este presenta, o sea, que en la actualidad sigue los principios de la socialización.

El decreto 181 de 1981, proferido por el gobierno con base en las facultades extraordinarias que le otorgó la ley 6ª de 1979, adoptó un nuevo estatuto

procesal penal informado por el criterio acusatorio, que siguió los lineamientos de ese sistema implantados por el *common law*, aunque no en su integridad, pues algunos aspectos no se acogieron, en razón de nuestras especiales condiciones. Dicho estatuto no alcanzó a entrar en vigencia, por cuanto la Corte Suprema, mediante sentencia del 3 de noviembre de 1981 declaró inexequible el acto legislativo 1 de 1979, en virtud del cual se crearon los fiscales, encargados de la investigación y de formular la acusación en el nuevo proceso penal.

En consecuencia, al desaparecer uno de los principales sujetos del proceso, como era la fiscalía, se profirió la ley 2ª de 1981, mediante la cual se acogió el anterior Código de Procedimiento (decr. 409 de 1971), y seguía el mismo criterio de la ley 94 de 1938, muy inferior al civil actual, pues limitaba los medios probatorios a los reconocidos por ella y consagraba la tarifa legal para la confesión, el indicio grave y la inspección judicial. Además, conservó las dos fases de sumario y causa, con prevalencia del sistema inquisitivo.

Luego se dictó el decreto 50 de 1987, por el cual adoptó un nuevo Código de Procedimiento Penal, que conservó los lineamientos del anterior en cuanto a los principios imperantes, con la novedad de que a los jueces de instrucción se les atribuía no solo el conocimiento de la etapa sumarial, sino su calificación, para, en caso de dictar resolución acusatoria (que reemplazó al antiguo auto de proceder), surtir el juicio ante el fallador, juez del circuito o superior, según el caso.

En uso de las atribuciones conferidas por el artículo 5º del capítulo I de las disposiciones transitorias de la Constitución Política, el gobierno expidió el decreto 2700 de 1991, con vigencia a partir del primero de julio de 1992, el cual mantiene los criterios sentados en el anterior, el decreto 50 de 1987, pero en lo que hace relación a la etapa instructiva ya no recae sobre los jueces de instrucción, que desaparecen, sino en las fiscalías, que luego en el juicio adoptan la calidad de partes, en una situación híbrida, pues las dota también de facultad jurisdiccional al tener competencia para calificar el sumario. La Fiscalía se reglamentó mediante el decreto 2699 de 1991, dictado también con base en lo previsto en la Constitución Política de 1991, la cual creó esa institución en el capítulo 6 del título VIII, artículos 249 a 253.

El mencionado procedimiento penal consagró los nuevos criterios de la etapa de socialización del proceso, previstos en el Código de Procedimiento Civil, según se observó, como la libertad de medios de prueba (arts. 248 y 253), la apreciación razonada de la prueba (art. 254), y no se limita a una determinada circunstancia la objeción del dictamen pericial, sino que se utiliza el término general de error (art. 271), y en materia de confesión reitera que su mérito probatorio se efectuará de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Mediante la ley 600 de 2000 se expidió un nuevo Código de Procedimiento Penal, cuya vigencia se ha reducido como consecuencia de la expedición de la ley 906 de 2004, por cuanto esta ha tenido aplicación de manera gradual en los diferentes distritos judiciales hasta cubrir todo el territorio nacional.

La citada ley 600 de 2000, mantiene los principios del anterior, por cuanto reitera la libertad de medios de prueba (art. 237), la apreciación razonada (art. 238) y el medio libre (art. 233) y el criterio procedimental del anterior. La gran modificación la produce la ley 906 de 2004, por cuanto, aun cuando persigue aplicar el sistema acusatorio, siguiendo la estructura del *common law*, le introduce sustanciales modificaciones. Desaparecen las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía, a la cual le corresponde adelantar la investigación, formular la acusación y sustentarla en la etapa del juicio, de carácter esencialmente oral y que constituye el aspecto central del proceso.

TÍTULO II

# RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS PARTES

CAPÍTULO I

## LA ACCIÓN

### 1. GENERALIDADES

El vocablo acción proviene del latín *actio*, que significa ejercer, realizar, efecto de hacer, posibilidad de ejecutar alguna cosa, etc. En el derecho ofrece multiplicidad de significados. Se utiliza para referirse a la realización de un hecho que configura un delito o culpa. Se emplea también para distinguir a las diferentes ramas del derecho procesal, como acción civil, acción penal, laboral, etc. Igualmente para aludir a la clase de derecho material que se hace valer en cada proceso: acción reivindicatoria, posesoria, de nulidad, etc. Suele, además, usarse para calificar la clase del bien sobre el cual recae la relación jurídica material ventilada en el proceso: acción mueble o inmueble. Finalmente, se alude a la acción, dividiéndola en personal y real, según sean personas o bienes los que afecte el derecho material. A todos estos aspectos pueden agregarse otros más, como el identificarla con el proceso, por lo cual se dice acción ordinaria, ejecutiva, etc.

Ya por lo que atañe al proceso, existen varias teorías para explicarla, todas ellas de gran importancia, pues han sido las determinantes para que el derecho procesal se considere una rama autónoma e independiente del sustancial. El concepto de acción depende, pues, de la teoría que se acoja.

### 2. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la acción puede agruparse en tres grandes ramas o tendencias, a saber:

A) *La que la considera inherente al derecho material.*

B) *La que la concibe como un derecho autónomo e independiente del material o sustancial.*

C) *La que centraliza la importancia del proceso en la pretensión, relegando la acción a un plano secundario.*

### 3. Teoría que considera a la acción como inherente al derecho material

A esta teoría se la denominó clásica, por haber tenido su origen en el derecho romano, y también civilista, en razón de que sus principales propugnadores han sido doctrinantes de ese campo, de donde precisamente tomaron los fundamentos para concebirla.

Uno de los principales exponentes fue Savigny y ha recobrado actualidad en tratadistas de reciente aparición, como Satti. Han sobresalido también los franceses Aubry y Rau, Demolombe, Planiol, Garçonnet y Cézar-Bru.

A) *Concepto.* En el derecho romano la evolución de la acción guarda estrecho nexo con las diferentes etapas por las cuales pasó el proceso civil.

En efecto, en los primeros tiempos, durante las acciones de la ley, la acción era la actuación o trámite que se seguía para resolver los distintos asuntos o controversias y, por tanto, independiente del derecho material.

En el período formulario se centralizó en la fórmula, razón por la cual subsistió el criterio de la etapa anterior, es decir, su total desvinculación del derecho material.

La última etapa del derecho romano, denominada extraordinaria, se caracterizó por la eliminación de la fórmula y el conocimiento de toda la actuación por el mismo sujeto o funcionario, ya investido de jurisdicción, considerándose la acción como el derecho que se hacía valer en juicio.

Con fundamento en estas premisas, se estimó que la acción era el derecho en movimiento como consecuencia de su violación.

B) *Principios.* Del concepto de acción se desprenden los siguientes principios:

a) *No hay derecho sin acción*, aunque existen ciertas excepciones, por motivos de orden público, como acontece con las obligaciones naturales.

b) *No hay acción sin derecho*, por cuanto la primera es un elemento del segundo.

c) *La acción participa de la naturaleza del derecho*, y se clasifica en reivindicatoria, posesoria, de nulidad, resolutoria, etc.

C) *Elementos.* Los elementos de la acción consisten en:

a) *Un derecho*, por cuanto la acción propende a obtener su protección.

b) *Un interés*, puesto que el derecho es un interés protegido por la norma y, si falta este, desaparece la protección.

c) *Una calidad*, representada por la titularidad del derecho en quien reclama la protección del órgano jurisdiccional.

d) *La capacidad*, considerada como la aptitud para poder actuar en el proceso.

Esta teoría creyó encontrar —como afirma CALAMANDREI[1]— la confirmación o ratificación de sus puntos de vista en la célebre frase del Digesto: *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi* (XLIV, 7, 15), según la cual, la acción es concebida como un derecho (*ius persequendi iudicio*), si bien dirigida a perseguir el mismo objeto que se debe en fuerza de un derecho subjetivo sustancial (*quod sibi debeatur*).

D) *Críticas*. Varias críticas se han hecho a esta concepción de la acción:

a) Considera el derecho procesal como un apéndice o complemento del material o sustancial, entendido en su aspecto simplemente formal o técnico.

b) No explica la situación que se presenta en el supuesto de que la sentencia sea desfavorable al demandante.

c) Nada impide que el titular de una obligación de las denominadas naturales pueda reclamar de la rama jurisdiccional el reconocimiento o efectividad de tal obligación, presentando al efecto la correspondiente demanda que origine el proceso, pues no es en el momento de su admisión cuando se va a considerar la viabilidad de lo pedido, sino al proferirse la sentencia, con la cual, en efecto, termina en forma normal el proceso.

d) Finalmente, por lo tocante a los elementos enumerados, salvo el de la capacidad, no corresponden a la acción, ya que el interés, la calidad y el derecho, conforme a la moderna terminología procesal, son de la pretensión.

## 4. TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO DERECHO AUTÓNOMO

Partiendo de las críticas formuladas a la teoría clásica y, concretamente, fundándose en que la actuación jurisdiccional puede surtirse en su totalidad por la realización del proceso y, a pesar de ello, no ser reconocido el derecho reclamado por el demandante, como resultado de la sentencia adversa, se llegó a la estructuración de las concepciones autónomas, cuya esencia precisamente reside en deslindar la acción del derecho material.

La transición a estas teorías representó, como lo hemos observado, un avance extraordinario para el derecho procesal, puesto que con ellas se sentaron las bases para ubicarlo en forma independiente del campo material y como una rama autónoma del ordenamiento jurídico, regulado por sus propios principios e instituciones. Esta variante ofrece dos tendencias: la concreta y la abstracta.

[1] PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pág. 242.

## 5. Teorías concretas de la acción

La característica principal de este grupo de teorías reside en considerar la autonomía de la acción frente al derecho material, pero concretando la finalidad de aquella en la sentencia favorable al demandante.

Esta orientación presenta dos criterios o escuelas: la alemana, como gestadora de la concepción, y la italiana, como desarrolladora y divulgadora, particularmente en nuestro medio.

## 6. Escuela alemana

Está representada, principalmente, por Windscheid, quien la concibe como *la pretensión deducida en juicio*; Müther, quien la estima como *un derecho público subjetivo*; y Wach, que la aprecia como un *derecho dirigido contra el Estado*.

A) Windscheid fue el primero que formuló la teoría de la autonomía de la acción en su obra publicada en 1856 y que tituló *La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno*.

En ese entonces la terminología jurídica alemana reconocía el concepto de la *Actio* y la *Klage*, concibiéndose la primera como el derecho mismo o la potestad de reaccionar contra su violación, mientras que la segunda se contraía al derecho de poner en actividad la rama jurisdiccional y, por ende, dirigida contra el Estado, representado por el juez.

Windscheid eliminó la *Actio* y la centralizó en la *Klage*, pero entendiéndola como dirigida contra el demandado y, por tanto, con miras a una sentencia favorable al demandante.

Con base en las anteriores premisas —indispensables para entender el pensamiento de su autor, como lo explica Chiovenda—, Windscheid expuso que toda violación o desconocimiento de un derecho origina una pretensión en favor del afectado y contra quien lo ocasionó, que se propone obtener el resarcimiento del daño o la satisfacción de la obligación.

Dicha pretensión —que en alemán se designa como *Anspruch*— puede lograr su satisfacción en forma espontánea, cuando quien la produjo repara el daño o paga lo debido; pero, en otras ocasiones, esto no será posible y, para lograrlo, es indispensable acudir al órgano jurisdiccional, convirtiéndose así en acción. Windscheid define entonces a la *acción como la pretensión jurídica deducida en juicio*.

B) Müther expuso su teoría acerca de la acción en su obra *La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar* (1857), con la cual originó una célebre polémica con Windscheid, de donde arrancan las diversas concepciones en relación con ese fenómeno y que se considere al derecho procesal como una rama independiente del ordenamiento jurídico.

Para MÜTHER, "la acción es un derecho público subjetivo, mediante el cual se obtiene la tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*), que se dirige, de una parte, contra el Estado, para lograr una sentencia favorable, y de otra, contra el demandado, a fin de obtener el cumplimiento de la prestación insatisfecha".

La acción así entendida, parte de la existencia del derecho y su consecuente violación, pero aun cuando está condicionada por el derecho subjetivo, es totalmente independiente de este y se halla regulada por el derecho público[2].

La concepción de MÜTHER —como observa MERCADER[3]—, antes que contradecir la teoría de WINDSCHEID, a pesar de las apariencias que lo presentan en disputa con esta, la integra, porque en realidad lo que hizo fue complementar la figura de la *Anspruch*, al denunciar que obra en dos direcciones: una que la remite al Estado, en demanda de amparo jurisdiccional, y la otra que la vuelve hacia el deudor para que cumpla la obligación que contrajo.

C) WACH expuso su concepción acerca de la acción en sus obras *Manual de derecho procesal* (1885) y *La acción de declaración* (1888). Fue seguida, entre otros, por su coterráneo KISCH.

La concepción de WACH —que constituyó un grado más en relación con MÜTHER, de quien tomó sus fundamentos— tiende a considerar *la acción como un derecho autónomo contra el Estado y frente al demandado.* Lo primero, porque reclama la actuación jurisdiccional para obtener la tutela del derecho invocado; lo segundo, porque persigue una decisión que acoja sus pretensiones, es decir, una sentencia favorable.

Así, la acción se presenta como un derecho subjetivo por sí mismo, que tiene como sujetos al demandante, en calidad de activo, y al demandado, como pasivo, pero constituyendo una relación jurídica distinta de la privada, por lo cual se encuadra definitivamente en el campo del derecho público.

La teoría de WINDSCHEID y la de MÜTHER y luego la de WACH, que se fundan en las mismas premisas y solo constituyen eslabones de la acción que la sitúan cada vez en un plano más alto, ofrecen como ventaja el ubicarla en el campo del derecho público y concebirla como un derecho subjetivo; pero se les critica, porque colocan el interés individual por encima del público, en razón de que consideran que el Estado está obligado a ejecutar una pretensión en favor del ciudadano, concretamente el demandante[4].

De otra parte, al estimar que la acción queda sujeta a una sentencia favorable, se incurre en la contradicción de negar su existencia, cuando, a pesar de haberse desarrollado el proceso y culminar con una sentencia, esta es desfavorable a los pedimentos del demandante.

[2] HUGO ALSINA, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, Sociedad Anónima Editores, 1963, pág. 311.

[3] AMÍLCAR MERCADER, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1944, pág. 62.

[4] PIERO CALAMANDREI, *op. cit.*, t. I, pág. 243.

## 7. Escuela italiana

Esta escuela tiene como principal representante al insigne procesalista italiano Giuseppe Chiovenda, quien expuso y sustentó su teoría —*llamada de la acción como derecho potestativo*— con base en gran parte del material ofrecido por las corrientes alemanas, particularmente la de Wach. Se concreta a los lineamientos siguientes:

A) *Distinción*. El autor distingue entre derecho objetivo y subjetivo. Considera al primero como "la manifestación de la voluntad colectiva encaminada a regular la actividad de los ciudadanos o de los órganos públicos", y que tiene una doble finalidad: a) "proveer a la conservación de los sujetos de derecho", y b) "regular la distribución de los bienes de la vida a los particulares sujetos jurídicos"; mientras que el segundo es concebido como "la expectativa de un bien de la vida, garantizado por la voluntad del Estado"[5].

B) *Los derechos subjetivos producen derechos en un sujeto, correlativos a la obligación o deber de otro sujeto*. Esa obligación o deber se traduce en la realización o abstención de un hecho. Forman parte de este grupo los derechos personales y los reales.

Empero, también se presentan otras situaciones por cuanto la ley "concede a alguno el poder de influir con la manifestación de voluntad en la condición jurídica de otro, sin el concurso de voluntad de este"[6], lo cual puede lograrse de dos maneras: una, "haciendo cesar un preexistente estado de derecho", y la otra, "produciendo un nuevo efecto jurídico", como es el caso del cónyuge para obtener el divorcio, etc.[7]. A esta nueva categoría se la denomina *derecho potestativo*, precisamente por consistir en un poder jurídico, del cual es titular un sujeto, frente a la sujeción correlativa en el otro sujeto.

C) *Todas las normas jurídicas tienden a actuarse, es decir, a realizarse*. Esa actuación se verifica unas veces mediante el cumplimiento voluntario del obligado; pero no siempre ocurre así, ni tampoco todas las normas tienen una naturaleza adecuada para ser actuadas en forma directa por el particular, como sucede con el divorcio y otros aspectos.

En estos casos es indispensable que el Estado intervenga para conseguir esa actuación de la norma, pero como el Estado no interviene en forma espontánea, por su propia iniciativa, es necesario que el particular interesado formule la correspondiente petición que produzca esa intervención, lo cual precisamente viene a constituir la acción.

[5] Giuseppe Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, t. i, 3ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, S. A., págs. 55 y 56.

[6] *Ibidem*, t. i, págs. 55 y 56.

[7] *Ibidem*, t. i, pág. 67.

Con base en esas premisas, CHIOVENDA define a la *acción* como "el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley"[8].

D) *La acción es un poder que se dirige contra el adversario,* es decir, el demandado, quien debe soportar los efectos jurídicos de la actuación de la ley, quedando, por tanto, sujeto aun contra su voluntad.

A este respecto sostiene CALAMANDREI[9] —quizá el más importante de los seguidores de CHIOVENDA—, para aclarar el punto, que el derecho potestativo de la acción "no se puede configurar como un derecho contra el Estado (porque el juez, al hacer justicia, no da cumplimiento a una prestación suya, específica respecto de la parte, sino que entra en función de un modo automático, para la actuación de su propio cometido institucional de órgano del Estado), sino como dirigido contra el adversario, en cuanto al derecho de una parte de provocar la providencia jurisdiccional correspondería, desde el punto de vista del sujeto pasivo, no un deber de prestación, sino la sujeción a los efectos jurídicos de tal actuación; no pudiendo sujetar directamente con la fuerza propia al adversario, el titular del derecho tiene el poder de dirigirse al Estado para hacerlo someter con la fuerza de la autoridad: este poder es la acción".

E) *La acción es autónoma en relación con el derecho material.* Para sustentar esta aseveración, CHIOVENDA hace las siguientes consideraciones:

a) *La acción tiende a que el órgano jurisdiccional actúe la voluntad de la ley*, mientras que el derecho subjetivo reclama una prestación del demandado.

b) *La acción tiene un ámbito más amplio que el derecho subjetivo*, por cuanto aquella permite a la rama jurisdiccional utilizar todos los medios necesarios para alcanzar el bien perseguido por el demandante, mientras que este solo se contrae a lograr la prestación reclamada.

c) *La rama jurisdiccional solo está facultada para hacer efectiva la voluntad de la ley*, como acontece en las acciones declarativas puras y constitutivas, o sea, que existen "casos en los cuales la acción se encamina a obtener un bien de la vida que no puede ser prestado por ningún obligado, sino que únicamente en el proceso puede conseguirse, o tiende a un bien, sin que exista o sin que se sepa que existe ningún otro derecho subjetivo en quien tiene la acción"[10].

d) *La acción es de carácter concreto*, por cuanto se dirige a obtener una sentencia favorable al demandante.

Ciertamente, esta característica no es mencionada en forma expresa por CHIOVENDA, pero se infiere al considerar como condiciones de la acción las "necesarias para obtener una resolución favorable" o "la actuación de la ley en favor del actor".

[8] *Ibidem*, t. I, págs. 72 y 73.

[9] PIERO CALAMANDREI, *op. cit.*, t. I, págs. 246 y 247.

[10] GIUSEPPE CHIOVENDA, *op. cit.*, pág. 77.

En consecuencia, si el demandante carece de razón o prospera la excepción del demandado, la acción debe ser rechazada en la sentencia.

F) *Críticas*. A esta teoría se la critica por varias razones:

a) Porque incurre en el error de *considerar como objeto de la acción la sentencia favorable al demandante*, con lo cual viene a identificarla con el derecho material.

b) *Por conceptuar que el interés perseguido por el demandante es de carácter privado* y, por tanto, la acción tiene también esa naturaleza, pudiendo ser cedida, cuando lo que es susceptible de cesión es el derecho material que se reclama.

c) *Respecto del derecho potestativo, se le objeta el que se coloque como sujeto pasivo de la acción al demandado* y por confundir el derecho subjetivo con una simple facultad sin generar obligaciones o deberes, pues lo que es potestativo es ejercer la acción, no el derecho mismo que se reclama[11].

## **8.** TEORÍAS ABSTRACTAS DE LA ACCIÓN

La característica principal de estas teorías reside en concebir a la acción como totalmente independiente del derecho material y dirigida a obtener una sentencia, sin tener en cuenta la decisión que en ella se tome. En consecuencia, toda persona está facultada para ejercer la acción, sin considerar a que sea el titular del derecho material reclamado.

Lo anterior implica que, en el supuesto de que la sentencia sea desfavorable al demandante, bien por falta del derecho material o, incluso, porque a pesar de tenerlo, no se pudo demostrar, la acción se habrá ejercido en su totalidad. De ahí que, como expone COUTURE, la acción se realiza por medio del proceso, sin tener en cuenta la razón o sin razón del pedimento del demandante[12].

Esta escuela abstracta, que hoy día cuenta con el mayor número de seguidores, tiene varias tendencias. Vale citar como principales representantes a FRANCESCO CARNELUTTI, UGO ROCCO, COUTURE, LIEBMAN, etc. Entre nosotros, su principal sustentador es HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, seguido por JAIRO PARRA QUIJANO, HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, MARCO GERARDO MONROY CABRA, GUILLERMO SALAMANCA MOLANO, BENIGNO CABRERA, MIGUEL ENRIQUE ROJAS y BEATRIZ QUINTERO.

[11] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Edic. Aguilar, 1966, págs. 162 y 163; *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1968, núm. 102; *Compendio de derecho procesal*, t. I, Teoría del proceso, 2ª ed., Bogotá, Edit. ABC, 1972, pág. 146.

[12] EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1958, pág. 71.

A) *Teoría del derecho subjetivo procesal, abstracto y público para el cumplimiento del proceso.* Propugna esta concepción CARNELUTTI, cuyas tesis pueden sintetizarse en los siguientes apartes:

a) *La acción constituye un derecho autónomo anterior al proceso, pero de carácter subjetivo, procesal y abstracto.* La definió primero como "un derecho subjetivo que tiene el individuo como ciudadano para obtener del Estado la composición del litigio"; y luego, en forma más simple y concisa, como "el derecho subjetivo procesal de las partes"[13].

b) *La acción es un derecho anterior al proceso.* Para CARNELUTTI, como lo observamos al tratar del proceso, existe conflicto de intereses cuando dos sujetos persiguen el mismo bien.

Ese conflicto se troca en litigio cuando una de las partes exige que la otra sacrifique su interés y esta opone resistencia. La manera de lograr solucionarlo es mediante el proceso, y, por ende, este es el instrumento del litigio, el cual, además, viene a ser su contenido. Pero como para poder surtirse el proceso se requiere la acción, resulta que esta viene a constituir el medio indispensable para realizarlo.

c) *La acción es un derecho subjetivo.* CARNELUTTI considera al derecho subjetivo como un interés debidamente protegido mediante una obligación, cuyo cumplimiento depende de un acto de voluntad del titular.

Como el proceso no se inicia de oficio por el juez, sino que este actúa en virtud de petición de parte, ese acto, conocido como la demanda, es el que origina, para el funcionario, la obligación de proveer.

Entonces, esa solicitud de parte para que entre en actividad el funcionario mediante el proceso es el acto de voluntad del cual nace para el juez, en forma correlativa al derecho del demandante, la obligación de pronunciarse sobre las pretensiones de este.

d) *La acción es un derecho subjetivo procesal.* CARNELUTTI distingue el derecho subjetivo en material y procesal. La "distinción entre los dos derechos —dice— atañe tanto al contenido como al sujeto pasivo de ellos: «el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en la litis, y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez» o, en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta"[14].

Quiere decir lo anterior que cada parte en contienda propende que su derecho prevalezca sobre el de su opositora, mientras que el juez solo tiene el deber de pronunciarse de acuerdo con la ley y decidir en favor de quien tenga la razón.

[13] FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, pág. 44.

[14] *Ibidem*, t. I, pág. 316.

e) *La acción es un derecho público.* La acción protege la composición del litigio, esto es, que se decida conforme a las normas en las cuales se apoya, independientemente del interés que en él tenga el demandante.

Ese interés en la composición "es común no sólo a las partes sino a todos los demás ciudadanos", por lo cual tiene la calidad de público. "Más exactamente —dice el insigne maestro— es uno de los derechos públicos subjetivos que se denominan derechos cívicos", por cuanto puede ejercerlo cualquier persona[15].

f) *La acción es un derecho autónomo.* La acción no solo es diferente de la pretensión, con la cual se confundió durante mucho tiempo, sino también del derecho material.

En efecto, la acción es el derecho de poner en actividad al funcionario jurisdiccional, mientras que la pretensión es la subordinación de un interés ajeno al propio. La acción, como derecho subjetivo, origina una relación, mientras que la pretensión es un hecho, más concretamente, un acto jurídico. La acción se dirige a una sentencia que decida el litigio, mientras la pretensión procura una sentencia favorable al demandante. La acción es ejercida por el demandante contra el juez; la pretensión por el mismo demandante, pero se dirige al demandado.

De otra parte, la acción es diferente del derecho material que se hace valer en juicio. Esa diferencia estriba en que la acción se dirige a que se realice el proceso, mientras que el derecho material es aquel sobre el cual se pronuncia el juez en su decisión y que está contenido en la pretensión.

Además, la acción no protege el interés reclamado por el demandante, sino la composición del litigio. El demandante hace uso de la acción cuando se dirige a la rama jurisdiccional para que actúe mediante el proceso y culmina normalmente con una sentencia, aunque esta le sea desfavorable por ser infundada su pretensión.

g) *La acción es de carácter abstracto.* La acción, como antes explicamos, se dirige a obtener el pronunciamiento judicial para la composición del litigio, sin tener en cuenta lo que reclama el demandante.

La acción puede ejercerla cualquiera, ya que ella "no compete a la parte, sino a quien asume ser parte, por lo cual aquello de que depende es la apariencia de ser sujeto de la litis o del negocio y, por tanto, dicha acción corresponde a cualquier ciudadano"[16]. No interesa, pues, que la sentencia sea favorable al demandante, por cuanto, a pesar de que se le niegue el derecho reclamado, la acción habrá culminado y cumplido su finalidad.

h) *Elementos de la acción.* Son los siguientes: *unos sujetos*, "como activo el demandante", que la ejerce, "como pasivo el juez o titular del órgano

[15] *Ibidem*, t. I, pág. 317.

[16] *Ibidem*, t. I, pág. 318.

jurisdiccional", que tiene la obligación de proveer; *un contenido*, "que es la solución o composición del litigio"; y *el objeto*, "ubicado en una sentencia o providencia definitiva, cualquiera que sea la decisión".

Debe reconocerse la extraordinaria concepción de CARNELUTTI respecto de la acción, que constituye un fundamental y definitivo avance en la tecnificación del concepto desde el punto de vista rigurosamente procesal, como observa DEVIS ECHANDÍA[17], pero cabe objetarle, en primer lugar, que no siempre en el proceso existe litigio, porque, no obstante la apariencia, las dos partes están de acuerdo, porque les interesa obtener idéntico resultado, lo cual, inclusive, es reconocido por CARNELUTTI mismo[18]; y, en segundo lugar, como después lo ratifica ROCCO, que no es el juez u órgano jurisdiccional en concreto quien tiene la calidad de sujeto pasivo de la acción, sino que ella reside en el Estado, por cuanto aquel es solo el representante o conducto mediante el cual se ejerce la función jurisdiccional.

B) *La acción como prestación de la jurisdicción.* Esta teoría, que toma sus fundamentos de la concepción carneluttiana, fue expuesta por ROCCO, quien la estimó como "el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la declaración de certeza o la realización coactiva de los intereses (materiales o procesales) tutelados en abstracto por las normas de derecho subjetivo"[19]. La sustenta con la siguiente tesis:

a) *La acción es un derecho subjetivo.* Partiendo de CARNELUTTI, ROCCO considera que entre el Estado y el particular existe una relación que corresponde al derecho subjetivo, caracterizada por una reciprocidad de derechos y obligaciones.

En efecto, el Estado tiene el derecho de obligar a los particulares para que hagan uso de la jurisdicción; mientras que el particular tiene el derecho de poner en actividad la jurisdicción y esta la obligación de atender sus peticiones.

Esa obligación de la jurisdicción del Estado con respecto al ciudadano es *ex lege*, porque las normas legislativas la imponen directamente y sancionan su inobservancia con responsabilidad de carácter penal y civil.

b) *La acción es un derecho público.* "La obligación de la jurisdicción del Estado —dice ROCCO[20]— en cuanto consiste en la manifestación de una actividad y de una función soberana, es una obligación de derecho público, a la cual corresponde en los ciudadanos un derecho subjetivo público individual (derecho cívico) a aquellas prestaciones de derecho público que tienen por ob-

[17] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal*, t. I, *op. cit.*, pág. 148.

[18] UGO ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1969, pág. 274.

[19] *Ibidem*, t. I, pág. 253.

[20] *Ibidem*, t. I, pág. 253.

jeto la declaración de certeza o la realización coactiva de los intereses tutelados por el derecho objetivo".

De otra parte, este aspecto se complementa con el criterio de que, si bien el particular acude a la rama jurisdiccional a fin de obtener la declaración o reconocimiento de un derecho, la actividad desplegada por el Estado se realiza, no en consideración a la persona en sí misma, sino en beneficio de la colectividad para satisfacer el interés general, aunque secundariamente se beneficie el demandante.

c) *La acción es un derecho autónomo.* La acción es independiente del derecho material o de la relación jurídica sustancial sobre la cual se pide la declaración de certeza.

En efecto, la acción es de derecho público porque interviene como sujeto de ella el Estado, mientras que la relación sustancial puede ser pública o privada, según sean las personas que intervengan.

La acción es siempre de la misma naturaleza o contenido: la prestación de la jurisdicción, mientras que la relación material es diversa o variada. La acción se cumple a pesar de que la sentencia sea desfavorable al demandante.

d) *La acción es de carácter abstracto.* Se propone obtener una sentencia, sin tener en cuenta la decisión tomada en ella.

Correlativamente y como complementario de la acción, puesto que tiende a los mismos fines y descansa sobre similares bases, se encuentra el *derecho de contradicción*, que reside en el demandado y se dirige contra el Estado.

Estos dos derechos son consecuencia de la prestación de la jurisdicción, que es común tanto para demandante como para demandado, y se cumple durante las distintas etapas del proceso, dirigido a lograr una sentencia de fondo o de mérito.

e) *La acción es diferente de la pretensión.* La acción es la relación que media entre el demandante y el Estado para que se conceda la jurisdicción. La pretensión se dirige contra el adversario y para obtener una prestación individualizada de los órganos jurisdiccionales. Tal prestación individualizada tiene por objeto las distintas relaciones jurídicas sobre las cuales va a pronunciarse la decisión.

f) *La acción es relación obligatoria con elementos indeterminados pero determinables.* La acción tiene como sujetos al demandante, en la calidad de activo, y al Estado, como pasivo; su objeto es la prestación jurisdiccional; y el contenido está representado por la pretensión reclamada.

Esos elementos existen en abstracto y vienen a concretarse en virtud de la demanda, pues con esta se conocen los sujetos, el objeto y el contenido. Lo propio puede afirmarse de la contradicción.

La teoría de ROCCO constituye un gran avance de la ciencia procesal, porque no solo corrige el error de CARNELUTTI, al considerar al Estado como su-

jeto pasivo de la acción, sino que, además, lo que era simplemente acción del demandado, lo califica como derecho de contradicción.

C) *La acción como poder.* Son varios los doctrinantes que consideran a la acción como un poder. Cabe resaltar entre ellos necesariamente al insigne tratadista uruguayo EDUARDO J. COUTURE, quien la definió como "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión"[21].

COUTURE conceptúa que, históricamente, la acción ha sido confundida con otros poderes jurídicos o facultades a las cuales se les da el mismo nombre. Estima que después de una larga evolución se ha logrado aislarla y encontrarle su objeto en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

a) *La acción es un poder, por cuanto compete a todo individuo como tal, por ser un tributo de la personalidad.* Ese poder se contrae a poner en actividad a la rama jurisdiccional del Estado para que se surta o realice el proceso.

b) *La acción es de carácter público.* Esta afirmación se funda en la circunstancia de que si bien la acción es ejercida por el particular —y por tanto, desde ese punto de vista puede considerarse como de carácter rigurosamente privado—, en la efectividad de ese ejercicio está interesada toda la comunidad, lo que le da la calidad de pública.

En otras palabras, el individuo que hace uso de la acción ve en ella la tutela de su propia personalidad, mientras que la sociedad ve la realización de uno de sus más altos fines, cual es la efectividad de las garantías de paz, seguridad, orden y libertad consagradas en todas las constituciones.

Por otra parte, la acción es consecuencia de la organización de la sociedad, que implica la sustitución de la violencia privada por la paz y la tranquilidad sociales, lo cual se realiza mediante la intervención del Estado para lograr el imperio del derecho.

c) *La acción es autónoma.* La acción es diferente no solo del derecho material sino de la pretensión. La acción reside en cualquier persona, que tiene el derecho de acudir a la rama jurisdiccional para que se considere su pretensión con arreglo a las normas positivas. "Ese derecho —dice COUTURE— es la porción mínima indispensable de todo ese fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción. La acción funciona desde la demanda hasta la sentencia, aunque se ignore la razón o sin razón del actor. La acción, pues, vive y actúa como prescindencia del derecho que el actor quiere ver protegido. Toda pretensión, fundada o no, merece la consideración de la actividad jurisdiccional"[22].

d) De otra parte, *la acción es diferente de la pretensión.* Esta, según COUTURE, es la "autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocán-

[21] EDUARDO J. COUTURE, *op. cit.*, págs. 57 y ss.

[22] *Ibidem*, pág. 71.

dolo pide concretamente se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica", mientras que la acción, conforme ya lo vimos, es el poder jurídico de acudir a los órganos jurisdiccionales. La pretensión puede resultar infundada y, por ende, rechazada en la sentencia; pero, sin embargo, la acción se habrá cumplido y ejercido en su totalidad.

e) *La acción como forma típica del derecho de petición*. Para COUTURE, la acción es un medio de sustituir la propia actividad por la del Estado, lo cual se cumple mediante el requerimiento de la parte interesada. Ese requerimiento no es otra cosa que el derecho de petición consagrado por las constituciones de todos los países, inseparable de toda organización del Estado y ejercido ante todas y cualquiera autoridad.

El derecho de petición es un instrumento de relación entre el gobierno y el pueblo, e igualmente sirve para llevar hasta el poder público la querella o queja por un derecho efectivamente agraviado, y tiene su significado fundamental en el sistema de tutela jurídica. La acción civil es una de las formas del derecho de petición, es decir, una especie dentro del género[23].

f) *La acción es de carácter abstracto*. Al considerar COUTURE que la acción reside en todos los sujetos de la colectividad, siendo un derecho cívico y una de las formas como se verifica o puede realizarse el de petición, surtiéndose por el solo hecho de llevarse a cabo el proceso, sin consideración a la suerte corrida por la pretensión que formula el demandante, está afirmando que es de carácter abstracto.

Este concepto de COUTURE coincide con las premisas fundamentales que sustentan procesalistas tan importantes como CARNELUTTI y ROCCO, en cuanto a considerar la acción como autónoma, abstracta y pública; pero difiere de los maestros italianos solo en que para ellos constituye un derecho subjetivo, mientras que para el insigne uruguayo es un poder.

Esta diferencia, afirma el maestro DEVIS ECHANDÍA[24], es la que determina la crítica a la teoría de COUTURE, pues no puede existir similitud entre el derecho de petición genérico y la acción, ya que la posible analogía entre los dos se contrae a una similar garantía constitucional, por lo cual es mejor considerar a la acción como derecho público, cívico y especial.

## 9. EVOLUCIÓN DE LA ACCIÓN EN LA DOCTRINA COLOMBIANA

En nuestro medio, así como en el campo universal, se recogen las mismas orientaciones que en determinado momento se consideraron como las más aceptables.

[23] *Ibidem*, págs. 74 y ss.

[24] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal*, t. I, Teoría del proceso, *op. cit.*, pág. 151.

A) *Campo civil.* Después de la teoría monista, que en realidad no tuvo sustentadores relevantes, viene la concreta, representada principalmente por CHIOVENDA, cuyos principales seguidores son, entre otros, ÁLVARO LEAL MORALES y JESÚS M. RESTREPO BARRIENTOS. La escuela abstracta es sustentada por el profesor HERNANDO MORALES y en forma muy completa y detallada por el maestro HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, seguido por nuevos exponentes, como HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, JAIRO PARRA QUIJANO, GUILLERMO SALAMANCA MOLANO, MARCO G. MONROY CABRA, PEDRO PABLO CARDONA GALEANO y JUAN GUILLERMO VELÁSQUEZ GÓMEZ.

Con la obra del maestro DEVIS ECHANDÍA se inicia en nuestro medio la adopción de la teoría abstracta. Se manifestó primero en su *Tratado*, donde expone su criterio, con base en las tesis de CARNELUTTI y ROCCO, que posteriormente plasmó en el Código de Procedimiento Civil, para abrir así la posibilidad de un cambio en la orientación jurisprudencial, acorde con ese pensamiento. Puede afirmarse que este maestro divide la historia del derecho procesal colombiano, pues, como antes dijimos, el criterio hasta entonces imperante era el de la teoría concreta y, de manera particular, el de CHIOVENDA.

El maestro DEVIS ECHANDÍA[25] define la acción como "el derecho público, cívico, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia, a través de un proceso". Esta definición resalta todas las características del fenómeno. Las premisas en que funda su criterio son las siguientes:

a) *Es una actividad jurídica por naturaleza.* Se basa en que de la acción emanan relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, cargas y facultades.

b) *Es un derecho subjetivo*, "que pertenece a toda persona que quiera recurrir al Estado para que se le preste el servicio público de su jurisdicción, cualquiera que sea la razón o el derecho material que alegue".

c) *Es un derecho autónomo, público, individual y abstracto*, "que pertenece al grupo de los derechos cívicos, cuya raíz se encuentra en las garantías constitucionales del particular frente al Estado" y cuyo origen puede ser común a todos los derechos de petición a la autoridad, pero que se diferencia fundamentalmente de estos por su contenido, su objeto, sus fines, la calidad de los funcionarios ante quienes se formula, las relaciones jurídicas que se deducen de su ejercicio, la obligatoriedad y, por lo general, la inmutabilidad (cosa juzgada) de la decisión con que normalmente termina el proceso.

d) *Los sujetos de la acción son únicamente el actor y el Estado*, "a quien se dirige por medio del juez, que es el órgano mediante el cual actúa" (sujeto pasivo). Debe, sin embargo, aclararse que el derecho no es contra el Estado, sino dirigido hacia él, por cuanto entre este y el particular no existe conflicto. La obligación del Estado es la de proveer y está impuesta por la ley, no por el demandante.

e) *El fin es proteger primordialmente el interés público y general en la tutela del orden jurídico y en la paz y armonía sociales*; solo secundariamente tutela el interés privado del actor.

f) *El objeto es iniciar un proceso*, "mediante el cual se obtiene la sentencia, sin consideración a la decisión que en ella se tome".

g) *La relación de la jurisdicción contenciosa es doble*: "relación del demandante con el Estado, que es la acción; relación del demandado con el Estado, que es la contradicción".

h) *La acción pertenece a toda persona, sea natural o jurídica*, "por el solo hecho de querer recurrir a la jurisdicción del Estado, pues existe siempre un interés público que le sirve de causa y fin, como derecho abstracto que es". El particular ejerce la acción movido o determinado por su propio interés, es decir, por obtener una protección, el reconocimiento o la satisfacción de su derecho, utilizando para ello el interés público que siempre existe en la solución justa del litigio o la tutela de la norma objetiva. Ese interés público, por consiguiente, es el interés-causa y el interés-fin de la acción. No existe acción sin interés. Cuando se habla de falta de interés, lo que quiere significarse es que no se presenta uno de los presupuestos de la sentencia de fondo, por lo cual esta tendrá que ser inhibitoria, pero la acción se habrá ejercido.

B) *Campo penal*. Respecto al campo penal, es relevante la tendencia de los procesalistas en identificar la acción con la pretensión, influidos por la terminología empleada por los diferentes Códigos de Procedimiento Penal que nos han regido o, por lo menos, expedido. Se habla, entonces, de que el titular de la acción es el Estado y que ella se ejerce por la autoridad correspondiente encargada de tramitar el proceso penal.

Se destaca GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ[26], quien hace un estudio muy completo y juicioso de la acción, puesto que expone su evolución y las principales tendencias, particularmente la concreta y la abstracta. Así mismo, diferencia correctamente la acción y la pretensión, al sostener que la primera es un poder jurídico o facultativo, mientras que la segunda es un acto procesal. Además, trata de la contradicción o acción del demandado y de la excepción o defensas que puede oponer a la pretensión.

Concluye afirmando que "la noción de acción penal no se acomoda exactamente al concepto de acción civil, pues surge un nuevo problema: mientras que la civil se ubica en cabeza de la persona privada, o del particular, la penal corresponde fundamentalmente a la sociedad, representada por el Estado —por órgano jurisdiccional o por el ministerio público—, y solo excepcionalmen-

[25] *Ibidem*, pág. 155.

[26] GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, *Nuevo procedimiento penal colombiano*, 3ª ed., Bogotá, Ediciones Ediculco, 1977, págs. 19 a 25.

te la tiene el particular querellante, como condición para que el proceso adquiera dinámica. Ello obedece a los distintos principios que gobiernan los dos procesos: mientras que el ejercicio discrecional de la acción es esencial en lo civil, el oficioso caracteriza al penal. Esto último significa que en todos los casos en que se den los presupuestos tipificadores del delito, el órgano jurisdiccional correspondiente debe promover de oficio la acción, abrir la investigación".

Sin embargo, en párrafo posterior incurre en la misma equivocación de identificar la acción con la pretensión, al afirmar que aquella en el penal es de carácter público, mientras en el civil es privada, cuando tanto una como otra tienen la misma calidad de públicas. Agrega que la acción penal es indisponible porque los particulares no pueden disponer de ella, y que, por el contrario, constituye una "obligación funcional del Estado, dirigida a lograr fines que interesan a la sociedad, como son los de asegurar la normalidad jurídica"; mientras que en el civil el particular es libre de promoverla o no, y para darle su desarrollo durante el proceso y la orientación que mejor convenga a sus intereses, con algunas limitaciones de procedimiento".

## **10.** Conclusiones

Como conclusión de los criterios expuestos, acogiendo las modernas concepciones, particularmente la de la escuela abstracta, tan bien considerada por Devis Echandía, y tratando de dar una visión completa de la acción, que comprenda tanto el civil como el penal, podemos afirmar que ella *es el derecho de poner en actividad la rama jurisdiccional para que se surta un proceso.*

A) *Características.* Las características de la acción se traducen en las siguientes:

a) *La acción es un derecho subjetivo que genera una obligación.* El derecho se contrae a reclamar o solicitar la prestación de la actividad jurisdiccional; la obligación, a que esta actúe o entre en actividad, lo que se cumple mediante el proceso.

Esta calidad de derecho subjetivo es común en el civil y en el penal. Sin embargo, respecto del ejercicio de la acción, existe un distintivo o característica propia de cada rama, que obedece a la naturaleza de las normas sustanciales, consistente en que en el civil (privatístico) es una facultad de la cual puede hacerse o no uso, mientras que en el penal (publicístico) es un deber de imperiosa observancia. En síntesis, la acción civil es un derecho-facultad, al paso que la penal es un derecho-deber, pero ambas son derechos subjetivos.

b) *La acción es de carácter público.* Este vocablo no se toma en el sentido de que la acción puede ejercerla cualquier persona, sino que su finalidad es satisfacer intereses de carácter general, representados o constituidos por la conservación de la paz y la armonía sociales, evitando la justicia por mano propia,

de una parte, y, de otra, por ser una actividad realizada por una de las ramas del poder público, como es la jurisdiccional.

c) *La acción es autónoma.* La autonomía obedece a que la acción es diferente de la pretensión y del derecho que se reclama. Son tres conceptos distintos, que obedecen a fenómenos propios: la acción, la pretensión y el derecho material. La acción se dirige a que se surta el proceso; mientras que la pretensión es lo que reclama el demandante que se le reconozca en relación con el demandado (civil) o la pena que se pide contra el procesado (penal); al paso que el derecho es el vínculo jurídico ventilado entre las partes.

Como consecuencia de esa autonomía, es factible que se tramite un proceso, lo que presupone el ejercicio de la acción, pero que la pretensión no sea acogida, aun teniendo el demandante el derecho material, como acontece cuando quien la formula no es el único titular de este, por estar compartido con otras personas, cuya presencia es indispensable por la indivisibilidad de la relación material (litisconsorcio necesario). Lo propio acontece en el campo penal, pues formulada la denuncia y ejercida la acción, en el proceso puede llamarse a determinada persona para que responda por un delito y, sin embargo, resultar absuelta.

d) *La acción tiene por objeto que se realice un proceso.* No importa que el proceso termine normal o anormalmente. En uno u otro caso se ha realizado o ejercido la acción.

Al hablar de proceso, no presenta dificultad alguna en uno de carácter dispositivo, como ocurre en el civil, por cuanto se inicia con la demanda, su admisión y consiguiente vinculación del demandado, hasta culminar normalmente con la sentencia. Tampoco en el inquisitivo que excepcionalmente ocurre en el civil, por cuanto se inicia con una providencia que auna la demanda y el auto admisorio. Lo propio puede afirmarse del penal regido por este mismo principio inquisitivo, porque tanto la fase de instrucción, conocida como sumario, como la del juicio, se adelantan ante funcionarios investidos de jurisdicción. En el sistema penal acusatorio la acción se integra a partir de la imputación formulada por la fiscalía y luego por el juicio que comienza con la acusación formal, pues tanto en una como otra la realizan funcionarios investidos de jurisdicción y requiere la presencia de las dos partes.

e) *La acción no tiende a que se produzca determinado pronunciamiento, sino simplemente que se profiera una sentencia.*

f) *La acción reside en toda persona.* En principio puede afirmarse que la regla general, común para el penal y el civil, es que toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene la acción; más concretamente, está en la posibilidad de ejercerla, sin consideración a que sea la titular del derecho material. Así, por ejemplo, cualquiera puede reclamar la reivindicación y formular al efecto la correspondiente demanda, ejerciendo en consecuencia la acción y originando,

por tanto, el proceso; pero la sentencia le será adversa, puesto que carece del derecho invocado. Igualmente en materia penal puede formularse una denuncia y resultar que el hecho no se ha cometido o que no lo ejecutó la persona a quien se le imputa.

Ciertamente, existen algunas situaciones en que es indispensable establecer determinada calidad para poder ejercer la acción, como acontece en el campo penal respecto de los delitos que exigen querella de parte o, en el civil, en algunos, como el ejecutivo, en los cuales la legitimación —como se denomina esa formalidad— reside en el titular del derecho, circunstancia que debe, por tanto, aparecer establecida a la iniciación del proceso. Esta limitación o excepción al principio general puede ser absoluta en el proceso penal, en el supuesto de que, conforme al criterio legal imperante, se adopte el sistema acusatorio, atribuyéndole de manera exclusiva a la fiscalía la facultad de instaurar la acción.

g) *La acción tiene un interés básico fundamental o primordial, de carácter general, cual es, como antes dijimos, la preservación de la armonía y la convivencia sociales*, evitando la justicia por propia mano, lo que se logra mediante el proceso y, concretamente, en virtud de la aplicación de la norma positiva.

Frente a ese interés general existe uno particular, que en el civil se contrae, y por lo que al demandante se refiere —quien ejerce la acción— a obtener el reconocimiento de su pedimento, que es precisamente el que lo determina para ejercerla; pero ese interés es de carácter accesorio o adjetivo.

Como en el penal y en las legislaciones que adoptan el sistema de permitir el ejercicio de la acción a cualquiera no existe ese interés particular, porque en muchos casos no hay persona afectada y es a la sociedad en general y en concreto al Estado a quienes les interesa la sanción del delincuente, se ha establecido que dicho ejercicio no solo constituye la realización de un derecho, sino, lo que es más importante, la observancia de *un deber*.

h) *La acción tiene dos sujetos: activo, quien la ejerce; pasivo, contra quien se dirige*. Utilizamos el vocablo *quien* para referirnos al sujeto activo, en razón de que ese término es de carácter genérico, con lo cual se incluye a toda persona, aun a la fiscalia cuando la ley le asigna esa función.

Debe distinguirse quién es el sujeto activo en el civil y en el penal, por los diferentes sistemas que rigen en uno y otro.

a') En *el civil*, como la demanda es el acto idóneo para ejercer la acción, puesto que con ella se pone en actividad la rama jurisdiccional para que dé comienzo al proceso, quien la formula, esto es, el demandante, asume la calidad de sujeto activo.

b') En *el penal*, depende del sistema que se adopte. Si se consagra el acusatorio, como a la Fiscalía se le atribuye la función de acusar y para que esta

pueda formularse es indispensable realizar los actos necesarios para darle comienzo al proceso, sobre él, incuestionablemente, recae la calidad de sujeto activo de la acción.

Cuando se le otorga a cualquier persona el deber de informar a las autoridades jurisdiccionales sobre la existencia de un delito, mediante lo que se denomina denuncia y con la que se da comienzo al sumario, quien la formula tiene la calidad de sujeto activo de la acción.

Dicho sistema ha sido tradicional en todos nuestros códigos de procedimiento penal y es equivocada la asignación que le hace al Estado de sujeto activo de la acción, cuando realmente este es el titular, pero de la pretensión, mediante la cual se persigue la imposición de la correspondiente pena o medida de seguridad a quien viola la ley penal en virtud del derecho punitivo.

Hay dificultad para establecer quién es el sujeto activo en los sistemas que consagran el principio inquisitivo, como sucede con el penal y algunos del civil (remoción del guardador), que permite al juez, por su propia iniciativa, dar comienzo al proceso. Al respecto existen dos soluciones, planteadas por el maestro DEVIS ECHANDÍA, quien sigue a CARNELUTTI, y por FAIRÉN GUILLÉN.

El maestro DEVIS ECHANDÍA[27] sostiene que en ese supuesto nadie ejerce la acción, esto es, no existe sujeto activo, sino que, simplemente, de manera oficiosa, se pone en movimiento la actividad jurisdiccional. "El Estado —dice— es el sujeto pasivo de la acción a través del juez, pero jamás puede ser el actor; en cambio, es el sujeto pasivo de la jurisdicción y puede ejercerla por conducto del juez, sin la necesidad de acción alguna que lo obligue a ello; esta es una de las diferencias que todavía subsisten entre el proceso penal y el civil".

De optar por el anterior criterio, implicaría desconocer la existencia de la acción en ese caso particular. Para guardar mayor armonía y respetar la existencia de un sujeto activo que ejerza la acción, FAIRÉN GUILLÉN[28] considera que los órganos jurisdiccionales están integrados por personas, miembros de la comunidad, y que cuando una de ellas conoce la comisión de un delito, debe, ante todo, actuar como ciudadano, o sea, asumir la calidad de denunciante; pero como este interés coincide con sus atribuciones jurisdiccionales, le es imperativo dar comienzo al proceso. El juez, entonces, "ha actuado primero como ciudadano; y, como consecuencia de la escindibilidad de su personalidad, ha actuado también como juez". "Por tanto —concluye FAIRÉN GUILLÉN—, *es él quien ha ejercido la acción ante sí mismo*".

No descartamos los reparos que pueden formularse al concepto de FAIRÉN GUILLÉN, entre ellos, principalmente, el de que una persona asuma doble

[27] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal*, t. I, Teoría del proceso, *op. cit.*, pág. 154

[28] VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 117.

conducta, es decir, que actúe frente a sí misma. Esto puede aclararse al mirar el sujeto pasivo de la acción, que es, como lo sostiene ROCCO, no una persona natural en particular, sino el Estado, que actúa por conducto de un órgano.

El sujeto pasivo de la acción, sin hacer distinción del campo (civil o penal), está constituido por el Estado, representado por una de sus ramas, la jurisdiccional (término más adecuado que el de judicial, que utiliza nuestra actual Constitución, por cuanto lo importante es la función que desempeña el funcionario y no la rama a la cual pertenezca), y la obligación que en ella genera de entrar en actividad, lo cual cumple mediante el proceso.

B) *Clasificación*. Doctrinariamente suelen hacerse varias clasificaciones de la acción, de acuerdo con el punto de vista que tome como referencia. Así se dice, refiriéndola a la rama del derecho procesal, que puede ser civil, penal, laboral, contencioso administrativa, etc. En cuanto a la pretensión la dividen en de conocimiento, ejecutivas, cautelares y de liquidación, cada una con las variantes expuestas en su oportunidad. También se suele considerar, con base en el bien sobre el cual recae la relación jurídica, en mueble e inmueble.

Sin menospreciar dichos criterios —importantes en su momento—, en la actualidad, de acuerdo con la teoría abstracta, en boga, son inadecuados, por cuanto la acción es el derecho de cualquier persona de poner en actividad la jurisdicción del Estado. Por esto, a lo sumo, puede aceptarse la clasificación conforme a las ramas, esto es, en civil, penal, laboral, etc.

C) *Accidentes*. Suelen mencionarse como accidentes de la acción todas las vicisitudes por las que atraviesa el proceso desde su iniciación hasta situarlo en estado de proferir sentencia, como ocurre con los fenómenos de la *suspensión e interrupción*.

Consideramos que lo indicado es referir ese aspecto al proceso, que es el afectado, donde se presenta, y no a la acción, que solo determina la iniciación de aquel. En consecuencia, es realmente el proceso el que soporta esos accidentes, llamados adecuadamente *crisis*, por implicar alteración de los elementos que lo integran.

D) *Presupuestos*. La doctrina ha elaborado la teoría de los *presupuestos procesales*, entre los cuales, conforme la clasificación de COUTURE y DEVIS ECHANDÍA, están los de la acción. Estos, de acuerdo con la concepción de la acción, pueden tenerse como los necesarios para que el sujeto activo pueda generar en la rama jurisdiccional la obligación de iniciar el proceso.

Para los autores citados[29] los presupuestos de la acción están integrados por la *capacidad para ser parte, la capacidad para comparecer, la calidad de funcionario jurisdiccional, la competencia y la falta de caducidad*. A esta división no puede formulársele reparo alguno, por cuanto la acción tiene dos sujetos: el activo, representado por el demandante, quien necesariamente debe

[29] EDUARDO J. COUTURE, *op. cit.*, pág. 104; HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil, op. cit.*, págs. 319 y 320.

llenar esas calidades para asumir tal carácter, o sea, la capacidad para ser parte y comparecer en el proceso; y el pasivo, constituido por el Estado, representado por el despacho u órgano jurisdiccional, que actúa por conducto de su respectivo titular, condicionado, además, que sea el competente para conocer del asunto que se ventila en el proceso.

Al grupo de los presupuestos ya enunciados, que pueden englobarse en la común denominación de *subjetivos*, pues atañen de manera exclusiva a los sujetos, hay que agregar los que se refieren a ciertos actos, que pueden llamarse *objetivos*, integrados por la ausencia de caducidad y la demanda.

La *caducidad de la acción* se presenta cuando ella no se ejerce dentro del tiempo fijado por la ley. Obra solamente en los casos taxativamente consagrados en la norma y es de aplicación general en lo contencioso administrativo, en el cual se otorgan dos años para instaurar la acción de reparación directa. En el civil tiene ocurrencia respecto de los llamados procesos posesorios, en los cuales el afectado dispone de un año para presentar la respectiva demanda.

La caducidad es un fenómeno de índole netamente procesal, puesto que afecta exclusivamente a la acción, entendida en su concepción abstracta, por cuanto impide que pueda ejercerse de manera eficaz, esto es, que produzca su natural consecuencia, como es la de generar el proceso. Sin embargo, no obsta que indirectamente afecte el derecho material reclamado por el demandante, lo que ocurre cuando no dispone de otro proceso para hacerlo valer. Esto ocurre en lo contencioso administrativo y en el civil en el caso del poseedor.

En cuanto a la *demanda* —cuyo análisis efectuaremos en la parte correspondiente a los actos procesales, concretamente los de iniciación—, constituye por sí sola un presupuesto, en virtud de que es el medio idóneo para ejercer la acción, pues en los sistemas regidos por el principio dispositivo la rama jurisdiccional no actúa si no media la petición de parte.

E) *Acumulación*. Es también usual en doctrina emplear el calificativo de *acumulación de acciones* para referirse a diferentes fenómenos, de acuerdo con el criterio que se tenga en relación con la institución.

Para los sustentadores de la teoría concreta, existe acumulación de acciones cuando se formulan varios pedimentos en la demanda, lo que obedece a que la asimilan a la pretensión. Esta concepción, acogida por nuestro ordenamiento procesal de 1931, se encuentra hoy casi desechado, pues, en el caso que indicamos, se le denomina *acumulación de pretensiones*.

Para quienes militan en la escuela abstracta, si bien consideran la pretensión como un ente diferente de la acción, no hay uniformidad de criterio respecto de los casos en que se presenta la acumulación de acciones. En efecto, DEVIS ECHANDÍA[30] considera que se presenta, entre otras variantes, en la deman-

[30] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, *op. cit.*, pág. 202.

da de reconvención, vale decir, cuando el demandado formula su propia demanda contra el demandante.

Opinamos que en ese supuesto es más adecuado hablar de *acumulación de pretensiones por inserción*, como lo sostiene GUASP[31], fenómeno que adelante analizaremos, pues el demandado se limita simplemente a aprovechar la actividad originada en el ejercicio de la acción del demandante y a actuar con base en su derecho de contradicción para proponer su propia pretensión.

a) *Acumulación de procesos.* a') *Concepto.* El único caso de acumulación de acciones, con el cual existe acuerdo doctrinario, es el denominado *acumulación de procesos*, que se presenta cuando se reúnen dos o más que han sido instaurados independientemente para continuar tramitándolos en forma conjunta, y decidirlos en la misma sentencia.

La anterior aseveración se basa en que en ese supuesto se ejercen varias acciones, tantas como con los procesos en curso, por lo cual, al reunirlos, se acumulan aquellas.

b') *Requisitos.* La acumulación de procesos exige unos requisitos, que solo varían en el penal, pero que en las restantes, sin entrar a pormenorizarlos, pueden sintetizarse en los siguientes:

1. Que se trate de procesos que pertenezcan a la misma rama (civil, laboral, contencioso administrativo, etc.).

2. Que haya identidad de partes, a lo menos en uno de sus extremos, esto es, la demandante o la demandada.

3. Que las pretensiones sean susceptibles de acumulación.

4. Que los procesos tengan el mismo trámite.

5. Que el funcionario judicial sea competente para conocer de todos los procesos.

[31] JAIME GUASP, *Derecho procesal civil,* t. I, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág. 250.

## Capítulo II

# EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN

### 1. Concepto

Al exponer lo relativo a la acción dijimos que en los procesos de tipo contencioso se presenta una relación complementaria de ella, cuya titularidad reside en el demandado, con fundamento en el principio constitucional que exige su presencia para garantizar la defensa de sus intereses.

Ese derecho —según el concepto de Rocco— es el denominado de contradicción, que puede concebirse como el que tiene el demandado, acusado, imputado o sindicado, de raigambre constitucional, para intervenir en el proceso y ejercer su derecho de defensa.

El derecho de contradicción no es opuesto a la acción, sino complementario de ella, nace desde que se presenta y admite la demanda, materializándose con la notificación de esta providencia. En materia penal y si el sistema adoptado es el inquisitivo surge con la indagatoria, mientras que, si es acusatorio, en estricto sentido, con la formulación de la imputación, sin que ello implique que esté facultado para intervenir en la investigación previa.

### 2. Elementos

Los elementos del derecho de contradicción no difieren de los de la acción en cuanto al objeto y la finalidad; varían solo respecto de los sujetos, particularmente el activo.

A) Los *elementos* son los siguientes:

a) Los *sujetos* del derecho de contradicción están representados por el *demandado* (en el civil, laboral, contencioso, agrario, de familia), por *el sindicado*, imputado, *procesado* o acusado (en el penal), *como activo*, y, por el Estado, que actúa por conducto de la jurisdicción, en condición de *pasivo*.

b) El *objeto* del derecho de contradicción es el proceso y mediante él la obtención de una sentencia, sin mirar al contenido o la decisión tomada.

c) El *fin* del derecho de contradicción es doble: uno *principal*, constituido por la satisfacción general del interés en conservar la paz y armonía sociales, impidiendo la justicia por propia mano; el otro *accesorio*, que atañe al

interés particular del demandado o sindicado o imputado, contrayéndose a su derecho de defensa.

B) *Diferencias entre la acción y el derecho de contradicción*:

a) La acción, para que surja, requiere la petición (demanda o denuncia) del interesado, al paso que la contradicción nace para el demandado o sindicado o imputado o acusado aun contra su voluntad y por el solo hecho de asumir esa calidad en el proceso. En otras palabras, la acción es un acto voluntario, mientras que la contradicción es forzosa.

b) La acción es el vehículo o medio idóneo para proponer la pretensión, mientras que la contradicción lo es para ejercer el derecho de defensa.

### 3. Naturaleza jurídica

Ya dijimos que la acción tenía un correlativo necesario en los procesos de tipo contencioso, al cual —conforme la concepción de Rocco— se le llama derecho de contradicción.

Entonces, si esos derechos son correlativos y complementarios y persiguen, por ende, la misma finalidad, o sea, satisfacer el interés general de preservar la paz y armonía social, y, secundariamente, el propio de cada parte, teniendo así mismo un objeto común, cual es el proceso y con él la sentencia, necesariamente tiene que concluirse que el derecho de contradicción es de carácter abstracto, público y diferente del derecho alegado o de la misma actitud asumida por el demandado (allanarse u oponerse).

### 4. Derechos

El derecho de contradicción permite al demandado asumir o adoptar varias conductas, las cuales, con fundamento en lo expuesto por el maestro Hernando Devis Echandía[1], podemos concretar a las siguientes:

A) *Totalmente pasiva*. Se presenta cuando el demandado se limita a recibir la notificación de la demanda, sin adoptar una actitud determinada, pues simplemente espera los resultados del proceso, los cuales, por tanto, dependen del demandante, por gravitar sobre él la carga de la prueba para establecer los hechos objeto de la litis.

B) *Oposición*. Es la que se dirige a dejar sin efectos la pretensión formulada por el demandante. Puede adoptar dos modalidades:

[1] Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Aguilar, 1966, págs. 214 y 215; *Tratado de derecho procesal civil*, t. iii, Bogotá, Edit. Temis, 1963, pág. 410; *Compendio de derecho procesal*, t. i, Teoría del proceso, 2ª ed., Bogotá, ABC, 1972, págs. 174 a 176.

a) *Objeción.* Se contrae a negar las pretensiones invocadas por el demandante en la demanda y los hechos que las sustentan. Por ejemplo, frente a la pretensión reivindicatoria el demandado puede oponerse a su reconocimiento por el juez y negar todos o algunos de los hechos que la fundan, como es la propiedad en el demandante, no tener la posesión del bien, etc.

b) *Excepción.* Se caracteriza porque el demandado, independientemente de la posición que adopte en relación con los hechos y fundamentos de la pretensión, que puede o no aceptar, invoca otros diferentes que fundan su defensa. En el mismo ejemplo de la reivindicación ya mencionado, el demandado puede no desconocer los hechos que constituyen los supuestos para su procedencia, pero invoca la prescripción obrada en su favor, por tener la posesión del bien durante el tiempo exigido por la ley.

Las excepciones pueden clasificarse en *dilatorias* o *temporales y perentorias o definitivas.*

a') Las *dilatorias o temporales* son las que sin desconocer el derecho reclamado por el demandante se dirigen a evitar que en ese proceso sea reconocido. Se presenta cuando se cobra una obligación y el demandado alega que no es exigible por estar pendiente el vencimiento del plazo o la condición.

b') Las *perentorias o definitivas*, que infirman la pretensión y determinan, por tanto, que no se reconozca el derecho invocado por el demandante, pueden ser impeditivas, modificativas y extintivas.

1) Las *impeditivas* son las que tienden a evitar que el derecho material impetrado por el demandante sea reconocido por ausencia de elementos esenciales para su existencia. Acontece, por ejemplo, cuando el demandante reclama reivindicación pero el demandado invoca que no es el propietario, presupuesto básico para la prosperidad de esa prensión.

2) Las *modificativas* que le atribuyen una connotación diferente a la relación sustancial reclamada por el demandante. Acontece cuando este reclama el cumplimiento de una obligación y el demandado alega que no existe porque se trata de una simulación.

3) Las *extintivas,* que son las de mayor ocurrencia, se fundan en que, sin desconocer el derecho invocado por el demandante, el demandado propone cualquiera de las causas que implican su extinción. Asi, por ejemplo, cuando se reclama una obligación y el demandado alega pago, prescripción.

C) *Allanamiento.* Se configura cuando el demandado acepta las pretensiones y los hechos que la fundan. Para su procedencia es indispensable observar unos requisitos, que analizaremos en su lugar, y determina sentencia favorable al demandante.

La conducta pasiva del demandado, esto es, no contestar la demanda, en algunos procesos implica *allanamiento tácito*, pues el juez debe, expirado el término de traslado, dictar sentencia favorable al demandante, como ocurre en el civil con la restitución de la tenencia.

D) *Demanda de reconvención.* Es la demanda que el demandado formula contra el demandante para hacer valer su propia pretensión. Como en esta hipótesis existen dos demandas: la original y la de reconvención, cada una tiene sus propias pretensiones, con relación a ellas la contraparte puede adoptar las conductas o actitudes que mencionamos. Con fundamento en el ejemplo de la reivindicación que hemos expuesto, el demandado puede invocar la prescripción extintiva como excepción contra la pretensión del demandante, y, en la demanda de reconvención, reclamar la adquisitiva o usucapión.

E) *Impedimentos procesales.* Consisten en aquellas circunstancias tendientes a subsanar las irregularidades del proceso o a evitar que este se surta.

Los impedimentos procesales, que son una actitud propia del derecho de contradicción, van contra el proceso como tal, considerado en su aspecto de actividad, sin mirar a la pretensión o al derecho material controvertido. Ocurre cuando en la demanda se indique un trámite diferente del asignado por la ley a la pretensión que en ella se formula y el juez, equivocadamente, así lo ordene. Entonces, el impedimento procesal se dirige a enderezar la actuación, para que transite por la vía que le corresponde.

Los impedimentos procesales —que es el nombre adecuado, por destacar el objeto que persiguen— en nuestro medio, particularmente en el civil, se denominan *excepciones previas,* en razón de proponerse, considerarse y decidirse al comienzo del proceso.

a) *Clasificación.* De manera semejante a las excepciones los impedimentos procesales pueden dividirse en dos grupos:

a') *Perentorios o definitivos*, que determinan la finalización anormal del proceso, como acontece cuando falta la jurisdicción, por presentarse la demanda ante el juez civil del circuito cuando el asunto está atribuido al tribunal de lo contencioso administrativo.

b') *Dilatorios o temporales,* que tienden a enderezar la actuación o el procedimiento con el fin que este se desarrolle normalmente, como ocurre cuando a la demanda no se adjuntan las pruebas para establecer la calidad con que actúa cualquiera de las partes.

Los impedimentos procesales en materia penal no tienen la misma aplicación que en el civil y los ordenamientos que siguen sus orientaciones, por cuanto no son posibles todas las conductas mencionadas. En ese campo es viable la actitud pasiva y la oposición. Además, esta solo puede concretarse a negar la comisión del delito o aceptarlo, pero agregándole modalidades que constituyen eximentes de responsabilidad, como es la legítima defensa. No se descarta el allanamiento, pero su procedencia es más rigurosa que en el civil, pues requiere la plena demostración del ilícito y que no esté desvirtuado por otros medios probatorios.

## 5. Presupuestos

Este tema no ha sido considerado por la doctrina, quizá por estimarse que el derecho de contradicción no es sino una modalidad o complemento de la acción, cuya diferencia esencial reside en el sujeto activo y que surge aun contra el querer de ese.

De una de las semejanzas de la acción y la contradicción, cual es el sujeto pasivo, se desprende el presupuesto común de ambas, constituido porque el funcionario que representa al Estado esté investido de jurisdicción y sea el competente para conocer de la pretensión propuesta.

De la diferencia que existe entre acción y contradicción también se colige el otro presupuesto, propio de esta, que es la capacidad para ser parte y comparecer en relación con el demandado.

## 6. Contradicción en penal

La doctrina no es tan prolífera en penal como en civil, por la preponderancia que este ha tenido y la evolución registrada. Por esta razón no se ha profundizado sobre la contradicción, refiriéndola a estas instituciones. Ciertamente parte de las mismas bases del civil, en cuanto radica en el sindicado o imputado o procesado y con fundamento en la necesidad de vincularlo a la actuación y que pueda ejercer su derecho de defensa; pero, desde luego, las actitudes o conducta que puede asumir, aunque algunas las comparten, otras no son viables, por la naturaleza de esta rama.

En efecto, los sujetos son los mismos del civil y se inicia con la denuncia o la imputación, de acuerdo con el sistema imperante. Es viable que el sindicado o imputado adopte una conducta pasiva y espere simplemente los resultados del proceso. Los presupuestos también operan, aunque con ciertas limitaciones, pues no podemos hablar de capacidad para comparecer, por estar circunscrito el sujeto activo a las personas naturales y, dentro de ellas, a las que tienen la calidad de punibles. Queda cerrada la posibilidad de proponer excepciones dilatorias, aunque algunas de ellas fundan causales de nulidad. Puede negar la comisión de la conducta delictiva que se le atribuye, en lo que guarda similitud con la objeción, o aceptarla y agregarle circunstancias atenuantes, en lo que podría considerarse como una especie de excepción de mérito o de fondo.

TÍTULO III

# ELEMENTOS DEL PROCESO

## § I. *Los sujetos del proceso*

CAPÍTULO I

## LA JURISDICCIÓN

### 1. CONCEPTO

La palabra jurisdicción, etimológicamente, proviene del latín *iurisdictio*, integrado por los vocablos *iuris,* que significa 'derecho', y *dicere*, que quiere decir 'declarar', 'dar'. Desde este punto de vista, puede concebirse como la facultad de declarar el derecho.

Empero, esa función —como observa BONJEAM— tiene un campo de aplicación muy extenso, pues se refiere también al legislativo y al ejecutivo, por cuanto dar o declarar el derecho es reglamentar las relaciones sociales, sea creándolo o aplicándolo. Entonces, el legislativo al dictar una ley y mediante ella adoptar un código o el ejecutivo al proferir un decreto y reglamentarla, crean derecho. Empero, no es este el sentido que tiene el vocablo, esto es, *de establecerlo*, que es su sinónimo, sino *decirlo o aplicarlo*, por lo cual la jurisdicción, específicamente considerada, alude a esa facultad que el Estado atribuye a una de sus ramas con la finalidad precisa de administrar justicia.

Con fundamento en lo expuesto, puede definirse la jurisdicción, en sentido propio, como la soberanía del Estado ejercida por conducto de los órganos a los cuales se le atribuye la función de administrar justicia, con el fin de satisfacer intereses generales y, secundariamente, aplicar el derecho sustancial o material a un caso concreto.

En las líneas que preceden tratamos de recoger los distintivos de la jurisdicción, tanto en su estructura como en su finalidad, de acuerdo con el criterio doctrinario y el respaldo que le da nuestro ordenamiento positivo, particularmente en el campo constitucional, donde encuentra su esencia o razón fundamental, por cuanto en el procesal solo se contempla su regulación.

Se destaca, en primer lugar, que la *jurisdicción tiene su fuente en la soberanía del Estado*, pues de esta proviene la función que cumplen los órganos encargados de administrar justicia. Por esta razón se habla de *potestad* o *poder* que —como atinadamente lo anota IBÁÑEZ FROCHAM—[1] "nace de la esencia de todo tipo de organización estatal y señala un monopolio como atributo de su soberanía".

Precisamente la Constitución Política resalta esa condición en su artículo 3º, al preceptuar que "la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público", que complementa con el artículo 113, inciso 1º, al reconocer como ramas de ese poder público a la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Decimos que *la jurisdicción se ejerce por conducto de órganos*, por cuanto no es atributo exclusivo de la rama judicial, de acuerdo con la denominación adoptada en la Constitución Política de 1991, sino que también la ejercen algunos pertenecientes a las otras, como ocurre con el Senado cuando juzga al presidente de la república o los funcionarios administrativos encargados de obtener el recaudo de los tributos mediante el proceso ejecutivo e, inclusive, por los propios particulares, cuando integran los tribunales de arbitramento.

Tomamos el término *función*, que no es opuesto al de poder, como algún sector de la doctrina lo ha sostenido, sino que, por el contrario, lo complementa, pues aquel es solo el medio para que este se realice. La función, por su parte, es un conjunto de actos que el titular de un órgano realiza para cumplir con su cometido. Esa función es, desde luego, pública, no solo por quien la lleva cabo, sino por el fin que persigue, constituido por la administración de justicia.

En tal sentido nuestra Constitución Política regula el punto, pues en el capítulo 2, con la denominación de *Función pública*, en el artículo 122, preceptúa "que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento ...".

Se dice que *intereses generales*, puesto que la jurisdicción —al igual que el proceso, medio por el cual se realiza— cumple, como finalidad primordial, conservar la paz y armonía social, que se altera como consecuencia de un conflicto de intereses y, secundaria, aplicar el derecho sustancial o material al caso concreto para solucionarlo.

La convivencia social se altera por la comisión de un delito, al aplicar la jurisdicción y, de consiguiente, imponer la sanción que le corresponde a su autor, lo que se persigue es readaptarlo para que pueda regresar a la sociedad y observar una conducta acorde con las reglas que la rigen. Lo propio puede afirmarse si el trabajador es despedido sin justa causa, pues al romperse anormalmente esa relación también se altera el orden social, que se repara cuando la jurisdicción impone las sanciones que esa conducta determina.

[1] MANUEL IBÁÑEZ FROCHAM, *La jurisdicción*, Buenos Aires, Astrea, 1972, pág. 45.

La función de administrar justicia exige la intervención del Estado por conducto de los órganos investidos de jurisdicción y, a su vez, que los sujetos entre quienes existe la controversia concurran a ellos para que se le resuelva. Hay, pues, *un deber recíproco entre los dos sujetos: Estado y particulares, que surge del derecho de acción*[2].

## 2. Significados equívocos

No siempre el término jurisdicción se invoca en sentido jurídico correcto. Es corriente, tanto en la legislación como en la doctrina y en la jurisprudencia, sobre todo en estas dos últimas, utilizarlo para referirse a la competencia del funcionario, o al territorio dentro del cual ejerce sus funciones, o a las prerrogativas de ciertos órganos públicos.

Por lo referente a la competencia o asuntos de que conoce el funcionario, cabe observar que esta es una especie dentro del género de la jurisdicción. Todo juez está investido de jurisdicción, pero su competencia se limita a conocer los asuntos que le están atribuidos. Así, por ejemplo, un juez de familia tiene jurisdicción, pero su competencia, entre otros asuntos, radica en los procesos de divorcio, separación, filiación, etc.

En cuanto al aspecto territorial, si se refiere al espacio dentro del cual el Estado ejerce la jurisdicción, que es una de sus características, el vocablo es utilizado correctamente, pero mal empleado cuando se concreta al lugar donde el funcionario desempeña sus funciones, pues entonces atañe es a la competencia.

La rama judicial cobija todo el territorio nacional y los jueces, cualquiera que sea la jerarquía, quedan investidos de jurisdicción una vez toman posesión de su cargo, pero solo puede conocer de los asuntos que expresamente le atribuye la ley y, dentro de ellos, los que tienen ocurrencia en el territorio donde ejerce su función. Así, por ejemplo, el juez de familia conoce —como lo dijimos— del divorcio, separación de cuerpos, etc., siempre que la parte demandada o el domicilio conyugal esté en el territorio que le corresponde.

Finalmente, en cuanto a las prerrogativas de ciertos órganos, se alude, por ejemplo, a la jurisdicción del Parlamento, para referirse a los actos que puede realizar por habérselos atribuido el ordenamiento positivo, concretamente la facultad de proferir las leyes, pero en ningún caso a la jurisdicción propiamente dicha, entendida en su correcta acepción, esto es, referida a la administración de justicia.

Cabe sí observar que las otras ramas del Estado ejercen determinadas funciones jurisdiccionales, como el Senado de la República, al cual se le asigna

[2] Alfredo Rocco, *La sentencia civil*, 1944, México, pág. 35. Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, t. i, Buenos Aires, Uteha, 1944, núm. 77.

juzgar a ciertos funcionarios, v. gr., al presidente de la república, lo cual, inclusive, puede predicarse de los particulares, en el proceso arbitral. Esto obedece a que, no obstante la división de los poderes o ramas, ello no es absoluto o total, por cuanto todos colaboran armónicamente para realizar los fines del Estado. Además, la calidad de determinadas personas hace que la jurisdicción con respecto a ellas la ejerzan órganos que estén en su mismo nivel o categoría.

La Constitución Política, al regular o determinar la organización del Estado en su artículo 113, inciso 1º, habla de *ramas* y cambió el vocablo jurisdiccional, que utilizaba la anterior, por el de *judicial*. Esto no altera el criterio de la jurisdicción en el sentido anotado de ejercer la función de administrar justicia. En otras palabras, se le cambió el nombre a la rama, al designársele judicial, pero continúa ejerciendo la jurisdicción, que constituye su función primordial.

### 3. Diferencia con la administración

En virtud de que los actos jurisdiccionales y los administrativos, respecto de su fondo o contenido, suelen presentar algunos puntos que pueden ser comunes o semejantes, la doctrina ha expuesto diferentes criterios para distinguirlos.

Para Francesco Carnelutti[3], la diferencia existe respecto del conflicto, por cuanto en el administrativo se manifiesta en forma interna, es decir, que el Estado *obra para sí*, mientras que en el jurisdiccional lo hace de manera externa, o sea, *para resolver la disputa de otras personas*. En síntesis, la disparidad estriba en que el Estado en la administración forma parte del conflicto y en la jurisdicción es ajeno a este y solo interviene para solucionarlo.

Rocco[4], que sigue en esto a Carnelutti, considera que cuando el Estado busca su propio interés, se trata de un acto administrativo, al paso que cuando interviene para solucionar o satisfacer intereses ajenos, se refiere a la jurisdicción. En otros términos, para Rocco el Estado, en el acto administrativo, al tender a su propio interés, logra un *fin directo*, mientras en el jurisdiccional, al actuar en interés de terceros, logra un *fin indirecto*.

Según Chiovenda[5], la diferencia consiste en la sustitución, que solo se presenta en el acto jurisdiccional, puesto que el Estado, al realizarlo, actúa en lugar de las partes y a fin de desatar la controversia existente entre ellas; mientras

[3] Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, t. i, Buenos Aires, Uteha, 1944, núm. 77.

[4] Ugo Rocco, *Tratado de derecho procesal civil*, t. i, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1969, pág. 80.

[5] Giuseppe Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, t. i, 3ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, S. A., págs. 409 y ss.

que en el administrativo obra de manera autónoma y con base en la facultad impuesta directamente por la ley, llevándose a cabo en forma semejante a como lo hace el particular respecto de un bien objeto de su propiedad.

De acuerdo con ALSINA[6], el acto administrativo es una actividad esencialmente *técnica*, mientras que la jurisdiccional es esencialmente *jurídica*. La jurisdicción se reduce a saber la regla de derecho aplicable a un caso concreto y las consecuencias de su desconocimiento; en cambio, la administración utiliza la cuestión de derecho solo como medio y no como fin, en virtud de que está regida por la ley.

Cada uno de esos criterios son aportes importantes, pero no pueden entenderse aisladamente, por mirar solo aspectos unilaterales, por lo cual es preciso aunarlos para tener una visión de conjunto. Podemos considerar los siguientes puntos:

A) *Por los sujetos*. En el jurisdiccional intervienen tres, representados por el juez, el demandante o el acusador y el demandado o el imputado; en el administrativo, en cambio, solo hay dos, que son la administración y el particular.

B) *Por el interés*. De acuerdo con el interés en conflicto, porque mientras la administración se propone satisfacer sus propios fines, la jurisdicción lo hace para solucionar intereses ajenos.

C) *Por la iniciativa*. El acto administrativo es de carácter voluntario, pues generalmente la iniciativa proviene del funcionario; el jurisdiccional, en cambio, es a petición de interesado.

D) *Por los efectos*. El acto administrativo es de carácter general o particular, es decir, que puede cobijar a toda la colectividad o solo a una persona o grupo determinado; la jurisdicción, por el contrario, solo afecta a quienes intervienen al proceso como partes.

E) *Por su revocabilidad*. El acto administrativo es esencialmente revocable, al paso que el jurisdiccional no, por estar amparado de la cosa juzgada, que impide volver a considerar la situación decidida.

## **4.** DIFERENCIAS CON LA LEGISLACIÓN

Al igual que la situación anterior, la diferencia radica no en las ramas, sino en la función que cada una realiza, pues la judicial al dictar sentencia y adquirir esta carácter definitivo es una ley para las partes. La ley, al igual que la sentencia, puede cobijar únicamente a ciertas personas.

Así mismo, buena parte de los doctrinantes la centralizan en su criterio dominante, a saber:

[6] HUGO ALSINA, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal ciivl y comercial*, t. II, Buenos Aires, Ediar, Sociedad Anónima Editores, 1963, pág. 420.

CARNELUTTI[7] considera que en el acto legislativo se contempla el litigio desde el punto de vista general, es decir, que prevé su solución para toda la comunidad, mientras el jurisdiccional se orienta a un caso particular, esto es, dirimir el litigio que ya existe entre dos sujetos determinados.

ROCCO[8], por su parte, sostiene que entre los dos actos media similitud que estriba en que ambos tienden a tutelar intereses, pero se diferencian en que el legislativo fija los límites y la forma de hacerlo mediante normas generales de conducta, mientras que el jurisdiccional los satisface directamente por medio de la actividad que los funcionarios de esta rama despliegan y aplicando la norma general al caso particular o concreto.

Al igual que acontece entre el acto jurisdiccional y el administrativo, los dos criterios expuestos son insuficientes para diferenciar aquel del legislativo, por lo cual pueden agregarse otras diferencias, a saber:

A) *Por la naturaleza de su decisión.* El acto legislativo crea, modifica o extingue un derecho de carácter general, mientras que el jurisdiccional se concreta a aplicarlo. Ciertamente el juzgador, en algunas ocasiones, crea una regla aplicable a un caso concreto, como ocurre cuando integra la norma, pero lo hace precisamente con base en la facultad o el deber que la misma ley le impone.

B) *Por su obligatoriedad.* El acto legislativo es de forzoso acatamiento para la colectividad, al paso que el jurisdiccional solo cobija a las partes que intervienen en el proceso.

C) *Por su revocabilidad.* El acto legislativo es susceptible de ser modificado o revocado por el mismo órgano que lo profirió, lo que no acontece con el jurisdiccional, por estar investido de la cosa juzgada.

## 5. NATURALEZA JURÍDICA

Los criterios que existen para explicar la naturaleza jurídica de la jurisdicción guardan estrecha relación con los expuestos respecto de la acción. Existen dos opuestos, constituidos por el subjetivo y el objetivo, y uno intermedio, que participa de estos, denominado por ello mixto.

A) La *teoría subjetiva* se funda en considerar que el objeto de la jurisdicción es reconocer el derecho reclamado por el demandante. Se confunde con el civilista de la acción y es defendida, entre otros, por HELLWIG, KISCH, MANFREDINI, SYMONCELLI y CASTELLAR.

Se le critica, al igual que la teoría civilista de la acción, en que no existe una tutela para el demandante, porque si bien él tiene un interés particular, que es el determinante para poner en actividad la jurisdicción, no solo la sentencia

[7] FRANCESCO CARNELUTTI, *op. cit.*, t. I, pág. 79.

[8] UGO ROCCO, *op. cit.*, t. I, págs. 67 y 68.

puede serle adversa, así sea el titular del derecho, sino que la acción reside en cualquier persona.

B) La *teoría objetiva* se funda, esencialmente, en que la jurisdicción tiene como fin aplicar la norma general o abstracta al caso particular que se controvierte en el proceso. Cuenta con seguidores como WACH, SCHMIDT, BETTI, RESELLI, SANTI ROMANO, MICHELI, LIEBMAN, GUILLIEN DE LA CHARRIERI y PRIETO CASTRO.

Los reparos a esta concepción radican fundamentalmente en que la idea de actuación del derecho no es un distintivo propio de la función jurisdiccional, ya que también ocurre en la administrativa. Si la misión de la jurisdicción fuera aplicar el derecho objetivo, no podría explicarse por qué en un sinnúmero de ramas (civil, laboral, contencioso administrativo) el funcionario no puede actuar oficiosamente, y, además, quedaría sin soporte la decisión proferida con base en la equidad (conciencia).

Empero, si bien el criterio anterior es el principal aspecto que caracteriza o distingue a la teoría objetiva, no es el único, por cuanto hay otras variantes o modalidades. En efecto, CARNELUTTI[9] lo hace radicar en la composición del litigio, es decir, la decisión ajustada a derecho para dirimir la controversia existente entre las partes; ROCCO lo centraliza en la tutela de intereses, esto es, que la jurisdicción es el medio o vehículo para obtener la satisfacción de ellos; y CHIOVENDA, con fundamento en el concepto de sustitución del Estado por las partes, considera que aquel, por conducto del juez, hace actuar la ley o norma sustancial.

C) Las *teorías mixtas* se fundamentan en que un solo aspecto o elemento no es suficiente para explicar o justificar la naturaleza de la jurisdicción, sino que la nota característica reside precisamente en el conjunto o reunión de todos. "Solo sumando criterios —dice SERRA DOMÍNGUEZ—[10]; será posible lograr un concepto válido de la jurisdicción".

Como dijimos al exponer lo concerniente al fin del proceso, consideramos que es necesario refundir los criterios o teorías subjetivas y objetivas para así tener una visión completa de la naturaleza de la jurisdicción; esto es, que radica tanto en la aplicación de la ley como tutelar el derecho del demandante.

## 6. CARACTERÍSTICAS

La jurisdicción se caracteriza por ser general, exclusiva, permanente e independiente.

A) *General*. La jurisdicción es general en el sentido que cubre todo el territorio de un país y obedece a la necesidad de que toda la sociedad pueda utilizarla.

[9] FRANCESCO CARNELUTTI, *op. cit.*, t. I, pág. 44.

[10] MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de derecho procesal,* Barcelona, Ediciones Ariel, 1969, pág. 43.

La estructura de la jurisdicción está jerarquizada, de tal manera que en todos los municipios exista un juez para conocer de los asuntos de mínima y menor cuantía, en las cabeceras de provincias uno de mayor categoría, en las capitales de departamento y con competencia en todo el respectivo territorio, los tribunales superiores, de entidad más alta, hasta encontrar la Corte Suprema de Justicia, como máximo organismo y que cubre todo el territorio nacional.

B) *Exclusiva.* La jurisdicción es exclusiva, por cuanto solo pueden ejercerla los funcionarios que integran una de las ramas del Estado, lo que no excluye, como hemos observado en varias ocasiones, que otras la desempeñen transitoriamente (Senado al juzgar ciertos funcionarios) e, inclusive, por los mismos particulares (tribunal de arbitramento).

La exclusividad contempla dos aspectos: interno y externo.

a) El *interno* se refiere a que dentro de los límites territoriales del Estado la jurisdicción solo se ejerce por los órganos a quienes la ley expresamente les ha asignado esa función.

Decimos órganos a los que se les ha asignado, pues cobija tanto a los que integran la rama judicial, como a los que temporalmente quedan investidos de jurisdicción, por ejemplo el Senado cuando juzga a determinados funcionarios.

b) El *externo* atañe a la ninguna injerencia que en la jurisdicción de un Estado tienen los otros. En observancia de este principio, precisamente para poder cumplir las sentencias proferidas en el exterior, se requiere que se les dé el visto bueno mediante un trámite conocido como *exequátur*.

C) *Permanente.* La jurisdicción es permanente, pues se ejerce sin interrupción alguna, o sea, que los distintos órganos que la componen cumplen sus funciones de manera ininterrumpida o continua. En otras palabras, la organización judicial, a la cual le está atribuida la función jurisdiccional, siempre existe.

D) *Independiente.* La rama judicial es independiente de las otras en que suele dividirse el Estado, o sea, la legislativa y la administrativa. Ciertamente, es inevitable que en algunas actuaciones se entreveren funciones de una y otra, por cuanto todas propenden a la satisfacción de fines comunes del Estado, pero eso no constituye una excepción a esta característica.

Desarrollo de la independencia de la rama judicial es el hecho de que se haya dispuesto su integración por sí misma, sin injerencia de las otras.

## 7. Elementos

La jurisdicción la integran tres elementos, a saber: el subjetivo, el objetivo o material y el formal o de actividad.

A) El *subjetivo* está constituido por los sujetos, representados, de un lado, por el funcionario jurisdiccional, y, de otro, por los particulares, integrantes de la sociedad.

B) El *objetivo o material* está integrado por la materia sobre la cual recae la jurisdicción y representado por la pretensión que, a su vez, versa sobre la relación jurídica sustancial debatida en el proceso.

C) El de *actividad o formal* está compuesto por el proceso, que es el medio por el cual la jurisdicción cumple su función.

## 8. Límites

Los elementos de la jurisdicción no obran de manera absoluta o total, pues no todos los sujetos están sometidos a ella, ni los jueces pueden tramitar todo tipo de pretensión y tampoco les es posible obrar libremente en el cumplimiento de su función. Las exenciones que presentan esos aspectos constituyen los límites de la jurisdicción.

A) *Subjetivo*. Por el aspecto de los sujetos, toda persona, sin consideración a sexo, estirpe o condición, está sometida a la jurisdicción del Estado.

El hecho de que por determinadas circunstancias la ley atribuya el conocimiento de ciertos asuntos a unos funcionarios en especial, no significa o implica un límite a la jurisdicción, sino solo a factores de competencia, establecidos en virtud de la categoría del juez y para una distribución equitativa del trabajo entre estos. El límite consiste en que el sujeto sea por entero ajeno a la jurisdicción, esto es, que no se encuentre sometido a ella. Esta limitación solo se presenta respecto a los jefes de Estado que se encuentran en territorio colombiano y, en algunos aspectos, con los agentes diplomáticos acreditados ante el gobierno nacional.

B) *Objetivo*. Todas las pretensiones son susceptibles de ser conocidas y decididas por la rama judicial. El límite se presenta en razón de la naturaleza de la rama a la cual pertenezca el funcionario, que solo lo habilita para conocer las pretensiones que forman parte de ella y, concretamente, las que le correspondan de acuerdo con los factores que determinan la competencia. Así, un juez civil municipal no puede conocer asuntos penales y tampoco, por ejemplo, un proceso de pertenencia, que es de competencia del juez civil de circuito.

C) *Actividad*. Está circunscrita o referida a las circunstancias de lugar, tiempo y modo.

a) *Lugar*. Se concibe como el espacio dentro del cual se ejerce la función jurisdiccional, se limita a lo que abarca el territorio nacional, o sea, el mar territorial, las naves aéreas y marítimas, así como a las embajadas acreditadas ante los gobiernos extranjeros.

b) *Tiempo.* Se refiere a que la jurisdicción solo puede aplicar las normas vigentes que regulan su función en el momento en que ella se lleva a cabo.

c) *Modo.* Significa que la jurisdicción solo puede realizarse o cumplirse por medio de un proceso y este inevitablemente se surte conforme al ordenamiento legal vigente.

## 9. Poderes

Los poderes son las potestades de que están investidos los funcionarios judiciales y mediante los cuales cumplen la función jurisdiccional que les ha sido encomendada. Esos poderes suelen también llamarse de la jurisdicción, puesto que son el medio o conducto por el cual esta se ejerce.

Los poderes se clasifican en de decisión, ejecución, coerción y documentación.

A) *Poder de decisión.* Es la facultad que tiene el juez para resolver o pronunciarse sobre las cuestiones de fondo que se presenten en el curso del proceso.

Decimos que en el curso del proceso, porque comprende tanto los pronunciamientos que el juez profiere durante el desarrollo de aquel, como sucede con los denominados autos interlocutorios, sino también la decisión definitiva, que toma en la sentencia y mediante la cual decide la controversia existente entre las partes.

Esta última es realmente la que entraña el ejercicio del poder de decisión, pues en ella se consideran la pretensión y las defensas del demandante. Implica que la norma o disposición general se aplique al caso particular, sea para reconocer la simple existencia del derecho (declarativo puro), modificar una relación jurídica sustancial (declarativo constitutivo), imponer una prestación a favor del demandante y a cargo del demandado (declarativo de condena), o decidir en conciencia cuando así se lo solicitan los contendientes y la ley se lo permite, o crear el derecho ante la ausencia de precepto expreso (proceso dispositivo).

El poder de decisión encierra para el juez la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma legal cuando está en abierta contradicción con los principios consagrados en la Constitución. Esta facultad, aunque se refiere a normas sustanciales o materiales, requiere los mismos presupuestos que cuando se trata de las procesales, o sea —según lo expuesto al considerar las fuentes del derecho procesal—, que la decisión solo cobija a quienes tienen la calidad de partes en el proceso y el juez debe dar las razones en que apoya su inconformidad entre la ley y la Constitución.

B) *Poder de ejecución.* Corresponde al proceso de su mismo nombre y consiste en realizar las actuaciones tendientes a lograr el cumplimiento de una obligación a cargo del demandado y a favor del demandante, sea que esté con-

tenida en una sentencia declarativa de condena o en un documento emanado directamente del deudor y siempre que cumpla los requisitos que para el caso establece la ley.

C) *Poder de coerción.* El poder de coerción consiste en la facultad que tiene el juez para remover todos los obstáculos que impidan el normal desarrollo del proceso, concretándose no solo a la simple actuación o trámite, sino al esclarecimiento de los hechos para poder tomar una decisión acorde con la realidad y también a imponer las sanciones tendientes a lograr uno y otro de tales fines.

De acuerdo con nuestro ordenamiento positivo —que acoge la terminología adoptada por CARNELUTTI—[11], el poder de ordenación comprende o se desdobla en tres: la ordenación propiamente dicha, el de instrucción y el disciplinario.

a) *La ordenación propiamente dicha* se refiere de manera específica a la facultad del juez para obtener que el proceso se inicie y desarrolle de manera normal.

a') *Iniciación del proceso.* Se refiere a la actitud que el juez debe asumir frente a los actos introductivos, la demanda y denuncia, imputación o acusación, según se trate de asuntos civiles y, en general, los que siguen sus lineamientos, o de penales, respectivamente.

Tal actitud se contrae a admitir la demanda y darle curso, si llena los requisitos establecidos por la ley. En caso contrario, le corresponde inadmitirla o rechazarla. Situación similar se presenta respecto a la denuncia, aunque no hay lugar a rechazarla, sino a proferir auto inhibitorio en caso que, de acuerdo con los hechos en ella expuestos, no se configure un ilícito.

b') *Desarrollo del proceso.* Para el normal desarrollo del proceso es preciso que el juez profiera las providencias necesarias tendentes a cumplir con las diferentes etapas que para cada situación establece la ley, rechace las peticiones formuladas por las partes que sean notoriamente inconducentes o impliquen dilación manifiesta del proceso, y decrete las nulidades que aparezcan en este y sean de carácter insaneable.

b) *Poder de instrucción.* Es la facultad de decretar todas las pruebas que el juez considere necesarias para establecer o esclarecer los hechos materia de la controversia o la investigación. Se cumple no solo mediante el decreto de pruebas, sino interviniendo en las solicitadas por las partes, como es interrogar a estas, a los testigos, etc.

Hablamos de establecer y esclarecer, por la distinta significación de estos dos vocablos. En efecto, establecer es demostrar o comprobar la existencia de un hecho, mientras que esclarecer es hacer comprensible lo oscuro o dudoso.

[11] FRANCESCO CARNELUTTI, *op. cit.*, t. I, págs. 162 a 164.

Este poder, a diferencia de los restantes, no es general, por cuanto solo obra en los procesos en que la ley expresamente lo consagra, descartándose en los regidos por el dispositivo absoluto, en los cuales la iniciativa probatoria queda limitada a las partes.

c) *Poder disciplinario.* Se refiere a las sanciones que el juez puede imponer a quienes le falten al respeto o impidan realizar las actuaciones procesales. Consisten en la devolución de escritos, multas, arrestos y expulsiones.

Conviene observar que, si bien los poderes disciplinarios solo están consagrados para los jueces civiles en el artículo 39 del Código de Procedimiento respectivo, ante el silencio de los otros ordenamientos procesales y por el carácter supletorio que se le da, lo hace extensivo a todos sin consideración a la rama a que pertenezcan.

a') La *devolución de escritos* se impone cuando la petición que se formula, sin consideración a la persona de quien provenga, contiene frases irrespetuosas para el juez, las partes o terceros.

En dicho supuesto, el secretario pasa el escrito al despacho del juez para que este, mediante auto de cúmplase, ordene devolverlo al interesado, lo cual entraña que no se agrega al expediente.

La sanción consiste en no considerar el acto procesal propuesto en el escrito y perder por consiguiente la oportunidad de ejercerlo, lo cual implica que quien lo suscribe soporte las consecuencias jurídicas adversas que de ello se desprenden. Así, por ejemplo, si en el escrito devuelto se interpuso un recurso contra determinada decisión, al no ser este considerado, la providencia queda en firme o ejecutoriada, con las correspondientes secuelas que se derivan para quien lo suscribió.

b') La *expulsión* consiste en retirar de las audiencias o diligencias a las personas que impidan el normal desarrollo de ellas. Esta decisión la toma el juez verbalmente en el curso de la actuación y la hace cumplir, si es necesario, con intervención de la fuerza pública.

c') La *multa* es la obligación que se impone de pagar determinada cantidad de dinero, no inferior a dos salarios mínimos ni superior a cinco. Hay lugar a imponer la multa por dos causas:

1. A los *empleados del juzgado* o a los de cualquier dependencia e incluso a los particulares, cuando no cumplen o retardan las órdenes impartidas por el juez (C. de P. C., art. 39, ord. 1º).

2. A los *patronos o representantes legales de las empresas* en general, cuando impiden a sus dependientes o trabajadores asistir a rendir testimonio o cumplir otro tipo de citación efectuada por el juez.

La multa se impone mediante resolución motivada y previo informe del presunto infractor. Se notifica personalmente y contra ella solo procede el recurso de reposición. Una vez ejecutoriada, debe pagarse en favor del Con-

sejo Superior de la Judicatura, que es el beneficiario, y susceptible de recaudo forzoso por la jurisdicción coactiva.

d') El *arresto* se impone como consecuencia de la falta de respeto al juez en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, y consiste en la privación de la libertad hasta por cinco días, inconmutables.

Para imponer el arresto se requiere que la falta se establezca mediante certificación expedida por un empleado del juzgado o con prueba testimonial o copia del escrito, cuando es en este donde se estructura (C. de P. C., art. 39, inc. 2º, ord. 2º).

El arresto, al igual que la multa, lo impone el juez contra quien cometió la falta mediante resolución motivada, que se notifica personalmente al afectado y es susceptible únicamente del recurso de reposición, el cual, de acuerdo con las reglas generales y por falta de norma expresa, se interpone dentro de los tres días siguientes a la notificación.

Ejecutoriada la resolución, copia de ella se remite al correspondiente funcionario de policía de la localidad a fin de que la haga cumplir inmediatamente (C. de P. C., art. 39, ord. 2º).

D) *Poder de documentación.* El poder de documentación consiste en hacer constar por escrito todas las actuaciones que se surtan en el proceso. Este poder tiene aplicación también en los procesos regidos por la oralidad, por cuanto es indispensable dejar constancia de ellos, entre otras razones, para efectos de los recursos a que haya lugar ante el superior jerárquico. En este caso, la constancia está constituida por las respectivas *actas*.

En nuestro medio la doctrina concibe el poder de documentación asemejándolo al de instrucción. No acogemos ese criterio, sino el propuesto por la escuela española, en el sentido en que lo hemos expuesto, por cuanto el concepto de uno y otro responden al significado que esos vocablos tienen en su acepción corriente.

## **10.** CLASIFICACIÓN

La jurisdicción, de acuerdo con el punto de vista de que se trate, puede clasificarse en varios aspectos, los cuales se contraen, principalmente, a las siguientes:

A) *Según el litigio.* Desde este punto de vista —según el criterio de CARNELUTTI—[12], que corresponde a la clasificación del proceso, acogido por nuestro Código de Procedimiento Civil, la jurisdicción se divide en contenciosa y voluntaria.

[12] FRANCESCO CARNELUTTI, *op. cit.*, t. I, pág. 178.

a) La *jurisdicción contenciosa* presupone la existencia de intereses encontrados u opuestos entre las partes que intervienen en el proceso y, por tanto, la función del juzgador se contrae a resolverlos o decidirlos.

Nuestra Corte Suprema de Justicia acoge el criterio de CARNELUTTI y sostiene que "la jurisdicción contenciosa es la que se ejerce por el juez sobre las pretensiones opuestas de dos o más partes, y que las determina por medio de una sentencia a favor de la una y en perjuicio de la otra. Es la que se ejerce *inter invitos* o *in invitos*, es decir, entre los que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio a pesar suyo o contra su voluntad, a instancia o solicitud de alguno de ellos; y por eso se llama contenciosa, tomando su nombre de la contención o disputa que siguen ante el juez sobre derechos o delitos las partes contrarias"[13].

No se pierde la calidad de contenciosa por el hecho de que las partes estén enfrentadas apenas en forma aparente, como sucede cuando ambas persiguen los mismos fines, cuando solo pueden alcanzarlos mediante un pronunciamiento judicial, como acontece con el divorcio en las legislaciones que no consagran la causal de mutuo acuerdo de los cónyuges y estos desean obtenerlo. Es decir, a la jurisdicción contenciosa la caracteriza la aparente controversia entre las partes.

b) La *jurisdicción voluntaria* se presenta cuando una o varias personas solicitan de la rama judicial el reconocimiento de un derecho o de una relación jurídica, sin que ello implique que el pronunciamiento que en tal sentido se haga vaya a imponer prestación alguna a persona diferente, como es la licencia para enajenar bienes de incapaces.

La Corte Suprema de Justicia, con fundamento también en el criterio de FRANCESCO CARNELUTTI, complementa lo expuesto en la cita transcrita, con respecto a la jurisdicción voluntaria, al sostener que es la ejercida por "el juez con conocimiento de causa, en los procesos en que por su naturaleza basta la intervención judicial para que el derecho se haga preciso, íntegro y absoluto. En los juicios de jurisdicción voluntaria no se declara la existencia del derecho en una de las partes y su extinción en la otra, sino que se decide lo que corresponde a la una y lo que le cabe a la otra. En estos procesos los derechos sobre que se decide permanecen inviolables, jurídicamente saneados, y si surgen controversias ha de ser en cuanto a puntos de hecho"[14].

Puede suceder que en el fondo se suscite controversia o disparidad de intereses; sin embargo, al igual que en la contenciosa, eso no le hace perder su calidad de voluntaria, puesto que la característica esencial es la aparente inexistencia de voluntades encontradas. La controversia, en el supuesto que exista, como lo sostiene la jurisprudencia citada, radica en los puntos de hecho, mas no en el derecho.

[13] Auto S. de N. G., 26 septiembre 1942, "G. J.", t. LV, pág. 113.

[14] *Ibidem.*

De lo anterior puede colegirse que la diferencia esencial entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria consiste en que la primera tiene, a lo menos en apariencia, un litigio, y la segunda no. Sin embargo, este rasgo no es el único, puesto que pueden citarse otros, a saber:

a') Por la posición del juez, porque en la contenciosa decide entre las dos partes: demandante y demandado, mientras que en la voluntaria lo hace solo respecto de una: los interesados.

b') Por las partes, porque en la contenciosa existen dos: demandante y demandado, y, en cambio, en la voluntaria solo hay una: la interesada.

c') Por la decisión, pues mientras que en la contenciosa se decide un litigio y hay pronunciamiento respecto de una pretensión, en la voluntaria no se presenta controversia, porque lo que existe es un pedimento o simple solicitud.

d') Por la perención, pues mientras que esta ocurre en la contenciosa, en la voluntaria no se presenta. Este fenómeno, reconocido en la doctrina, tuvo consagración en nuestro ordenamiento procesal civil en el artículo 346, el cual, en su inciso 2º, expresamente prohibía su aplicación en los procesos de jurisdicción voluntaria, pero fue derogado por la reforma que a ese ordenamiento le efectuó la ley 794 de 2004; sin embargo, volvió a adoptarse, pero solo para el ejecutivo, conforme la modificación efectuada al artículo 209 de la ley 270 de 1996 por el artículo 23 de la ley 1285 de 2009. Para los procesos de conocimiento civiles y para el ejecutivo, la ley 1194 de 2008, que modificó el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, consagró una nueva figura, denominada desistimiento tácito, que guarda similitud con la perención, como lo analizaremos al tratar de la terminación del proceso. La perención, como tal, solo subsiste en el contencioso administrativo y a cargo del particular demandante.

e') Por los efectos de cosa juzgada. Constituye también otra verdadera o real diferencia entre las dos jurisdicciones, particularmente en el ordenamiento positivo colombiano, por cuanto en la contenciosa obra de manera absoluta o definitiva, impidiendo, por tanto, que el asunto vuelva a proponerse entre las mismas partes, por igual causa e idéntico fundamento, mientras la voluntaria es relativa o temporal, por estar limitada a la modificación o sustitución que se haga mediante sentencia posterior proferida en otro proceso (C. de P. C., art. 652).

No incluimos como uno de los aspectos que diferencian estas dos clases o modalidades de la jurisdicción el sostenido, entre otros, por UGO ROCCO[15], en el sentido que la voluntaria no es sino un acto administrativo adscrito a la rama judicial, por cuanto —según lo hemos expuesto— la labor del funcionario es quizá más compleja que en la contenciosa, puesto que debe velar por observar el cumplimiento de las formalidades o exigencias establecidas por la ley para la procedencia de lo reclamado por el demandante, y, además, que es lo funda-

[15] UGO ROCCO, *op. cit.*, t. I, pág. 124.

mental, no se descarta la controversia que, en el fondo, pueda presentarse. Precisamente por esa razón la jurisdicción voluntaria se realiza mediante un proceso, que ofrece la misma estructura del contencioso, incluida la sentencia.

B) *Según la manera de decidir*. Esta clasificación es propuesta igualmente por UGO ROCCO[16], quien la hace radicar, así no lo exprese, en la regla que el juzgador observa para tomar su decisión definitiva, a saber: en derecho y en equidad.

a) *En derecho*. Corresponde al proceso declarativo, por cuanto la labor del funcionario judicial consiste en verificar si se dan los supuestos de hecho previstos para la aplicación de una determinada norma. El funcionario, pues, verifica si el asunto sometido a su decisión encuadra en el texto legal cuya aplicación se demanda. Esta modalidad constituye la regla general aplicable a todas las ramas y a los procesos que le están atribuidos.

b) *En equidad*. Tiene ocurrencia cuando el juzgador decide el asunto no de acuerdo o conforme con las normas positivas, sino en conciencia. Esta circunstancia no lo libera de fundamentar su decisión y basarla en las pruebas al efecto practicadas, exigencia que tiene respaldo en nuestro ordenamiento positivo, al consagrarla en forma expresa el Código de Procedimiento Civil en su artículo 304.

La jurisdicción en equidad corresponde al proceso dispositivo, que analizamos en su lugar, y, en concreto, a una de las modalidades que ofrece, cual es la de fallar en conciencia. Su conocimiento se atribuye a la jurisdicción civil, y le corresponde el verbal sumario, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 435, numeral 10, del Código de Procedimiento Civil. Permite también tramitarlo por el proceso arbitral, de acuerdo con lo dispuesto por artículo 6º del decreto 2279 de 1989.

a') *Requisitos*. El Código de Procedimiento Civil consagra la jurisdicción en equidad y la ubica impropiamente en su artículo 38 (*Poderes de ordenación e instrucción*), pues no encaja en ninguno de estos dos aspectos. El mismo precepto establece los requisitos para su procedencia, a saber:

1. *Que las partes sean capaces*. Obedece a que implica renunciar a la jurisdicción en derecho y, por tanto, a la certeza que entraña la aplicación del ordenamiento positivo al caso materia de la controversia para, en su lugar, dejar la decisión al criterio del juzgador.

2. *Que las partes lo soliciten*. Es indispensable que las partes estén de acuerdo en someterse a la jurisdicción en equidad y así les corresponde manifestarlo. No señala la norma la oportunidad en que las partes hacen uso de ese derecho, pero, como la jurisdicción de equidad prácticamente queda circunscrita o referida a la decisión, es factible hacerlo con antelación a esta. Esto no impide que el demandante lo solicite en la demanda y el demandado lo acepte

[16] *Ibidem*, t. I, pág. 97.

al contestarla, pues la norma simplemente exige que lo soliciten las partes, sin indicar la forma de hacerlo.

3. *Que exista disponibilidad del derecho.* No pueden ser objeto de la jurisdicción en equidad los derechos sobre los cuales las partes no tienen disponibilidad, como es el estado civil de las personas o a los alimentos.

4. *Que la ley lo autorice.* Aunque se reúnan todos los requisitos anteriores, incluido el de disponibilidad del derecho, la jurisdicción de equidad solo obra en el civil, donde existe, como lo observamos, reconocimiento expreso, y se tramita por el proceso verbal sumario, que la ley le asigna.

No es dable, de consiguiente, así las partes sean capaces y lo soliciten de consuno, acudir a la jurisdicción en equidad cuando está en curso el proceso y la vía seguida no permite ese tipo de decisión, reservado —como dijimos— al verbal sumario.

C) *Según la naturaleza.* Se refiere a la rama del derecho material o sustancial a la cual le sirve de medio para realizar la pretensión reclamada, dividiéndose en dos grupos: la ordinaria y las especiales.

a) *Especiales.* La jurisdicción es una sola y, por tanto, en estricto sentido, no es susceptible de clasificación. Sin embargo, desde el punto de vista que tomamos, referido a la función y a la naturaleza o clase de asuntos de que se ocupa, suelen distinguirse las especiales, destinadas a tramitar y decidir determinados asuntos, que se ubican dentro de una rama determinada.

En nuestro ordenamiento jurídico, la propia Constitución Política reconoce como jurisdicciones especiales a la contencioso-administrativa (arts. 236 a 238), la constitucional (arts. 239 a 245), la de los indígenas (arts. 246 a 248) y la disciplinaria (art. 254).

Observamos que la norma solo le da el calificativo de especial a la de indígenas, lo cual no significa que se excluya a las otras mencionadas, que tienen también esa condición, por conocer asuntos de una misma rama. La diferencia radica en la denominación y no en el fondo o características que las distinguen.

También existen otras jurisdicciones especiales, cuyo origen no radica en la Constitución, sino en la ley, como es la coactiva.

a') *Contenciosa administrativa.* Esta jurisdicción está creada para resolver las controversias originadas en actos o hechos administrativos efectuados por las entidades públicas y las privadas cuando cumplen funciones públicas (decr. 1 de 1984, art. 82).

b') *Constitucional.* A la jurisdicción constitucional le ha sido atribuida la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (Const. Pol., art. 241, inc. 1º).

c') *Disciplinaria.* A esta jurisdicción se le asigna examinar la conducta y sancionar las faltas cometidas por los funcionarios de la rama judicial y los abogados en el ejercicio de su profesión (Const. Pol., art. 256, num. 3).

d') *La indígena.* Se faculta a las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y de conformidad con sus propias normas y procedimientos (Const. Pol., art. 246).

e') *Coactiva.* Es la jurisdicción encargada específicamente del recaudo de los tributos o cantidades que por cualquier concepto deban ingresar a las entidades de derecho público. Son varias las normas que regulan esta rama de la jurisdicción, de acuerdo con la entidad a la que sirva de medio para el recaudo de los tributos. Las hay de carácter nacional, departamental y municipal (ley 6ª de 1962, que modificó el decr. 624 de 1989, llamado Estatuto Tributario; decr. 1333 de 1986, art. 155; decr. 1222 de 1986, art. 183 y C. de P. C., arts. 561 a 568).

f') *Penal militar.* La jurisdicción penal militar está instituida para conocer y sancionar los delitos cometidos por los militares en ejercicio de sus funciones.

b) *Ordinaria.* La jurisdicción ordinaria es la prevista para tramitar y decidir los asuntos que no le corresponden a una especial y, además, tiene una estructura semejante e, incluso, comparte algunos órganos judiciales, sea en su composición o en la decisión de ciertos recursos.

La jurisdicción ordinaria estuvo integrada por las tres ramas fundamentales del derecho: *civil, penal y laboral.* Como consecuencia de la especialización de la jurisdicción, la ley segrega o sustrae de ellas determinados asuntos para atribuirlos a otra, como ocurre en nuestro medio en el campo civil con la agraria y de familia, ambas de reciente creación. Lo propio, pero con mayor antigüedad, ha sucedido con el penal, de donde se desprendió la penal militar, aunque esta tiene la calidad de especial, por integrarla funcionarios independientes.

Todas las mencionadas son ramas de la ordinaria, que cuentan con sus propios jueces, como ocurre en los tribunales superiores donde existen salas destinadas a cada una, esto es, penal, laboral, civil, de familia y agraria, salvo algunas excepciones en que atienden asuntos de todas o varias de ellas, como sucede con los jueces civiles municipales, que también conocen cuestiones de familia. Además, las tres últimas, que atañen a cuestiones que corresponde al civil, tienen como órgano máximo, que atiende sus respectivos recursos extraordinarios, a la sala de casación civil y agraria de la Corte Suprema de Justicia.

Aunque todas las ramas mencionadas integran la ordinaria, no por esto pierden su individualidad o, mejor, su carácter de jurisdicción independiente, como se le reconoce en las propias normas que las crearon, de acuerdo con la tradición jurídica de nuestro país. Por ello podemos decir que la jurisdicción ordinaria es una sola, pero tiene varias especializadas, según los asuntos que le correspondan, distinguiéndose —repetimos— la penal, laboral, civil, de familia y agraria.

a') *Penal.* A la jurisdicción penal le corresponde conocer de la existencia de los delitos para aplicar la correspondiente sanción al causante y de la indemnización de los perjuicios ocasionados (C. de P. P., art. 23).

b') *Laboral.* A la jurisdicción laboral, llamada también del trabajo, le corresponde decidir los conflictos o controversias originados, directa o indirectamente, en el contrato de trabajo, así como la ejecución de las obligaciones emanadas por esa misma causa y los asuntos relativos al fuero sindical (C. P. del T., art. 2º).

c') *Familia.* La jurisdicción de familia está constituida para conocer de todos los asuntos concernientes al matrimonio, como es el divorcio, nulidad, separación, disolución y liquidación de la sociedad conyugal, etc., y, en general, el estado civil de las personas, como la filiación, impugnación, etc. Así mismo comprende ciertas situaciones derivadas de una determinada condición familiar, como alimentos, patria potestad, etc. (decr. 2272 de 1989, art. 5º).

d') *Agraria.* La jurisdicción agraria está creada para conocer y decidir los conflictos que se originen en las relaciones de esa naturaleza y, en especial los derivados de la propiedad, posesión y mera tenencia de predios agrarios, de actividades agrarias de producción y de las conexas de transformación y enajenación de los productos (decr. 2303 de 1989, art. 1º).

e') *Civil.* La jurisdicción civil es residual, en el sentido que le corresponde conocer, dentro de este campo, no solo los asuntos que se le atribuyen, sino todos los que no estén expresamente asignados a la de familia, agraria y especializada (C. de P. C., art. 12).

D) *Según la continuidad*, la jurisdicción puede cumplirse de manera permanente o temporal.

a) *Permanente.* Cuando los órganos investidos de la función jurisdiccional la ejercen en forma continua, como son todos los que integran la rama judicial, esto es, la Corte Suprema de Justicia, los tribunales, juzgados, etc.

b) *Temporal.* Tiene ocurrencia cuando ciertos órganos, que no pertenecen a la rama judicial, conocen y deciden asuntos que la ley expresamente les ha atribuido y que implican el ejercicio de la función jurisdiccional. En este supuesto el órgano queda investido de la función jurisdiccional únicamente mientras efectúan su cometido. Pueden citarse como ejemplos, el Senado cuando juzga al presidente de la república, los tribunales arbitrales, y los jurados de conciencia, desaparecidos en nuestro medio, pero de gran aplicación en otros países, como acontece en el sistema del *common law* (Estados Unidos), donde se utiliza aún en el proceso civil.

## 11. Delegación

La jurisdicción la ejercen por principio quienes estén investidos de ella, sea que pertenezcan o no a la rama respectiva, por lo cual puede afirmarse que

es indelegable. Sin embargo, ocurre una situación típica de delegación de jurisdicción, que se presenta cuando un funcionario que la tiene encarga a otro que carece de ella para realizar una actuación que la contiene. Es ejemplo la comisión que confiere un juez a un inspector de policía para efectuar un embargo, un secuestro, etc. El inspector de policía es un funcionario de la rama administrativa, pero que queda investido de jurisdicción para llevar a cabo el acto para el cual lo comisiona un juez.

## 12. Usurpación

La usurpación de jurisdicción se presenta cuando una persona o funcionario que carece de ella realiza actos en que está implícita.

En estricto sentido, la usurpación solo ocurre cuando un particular o funcionario de otra rama, por ejemplo la administrativa, asume el conocimiento de un proceso jurisdiccional; pero creemos que también se hace extensiva a cuando se comisione a quien carece de jurisdicción para realizar determinado acto y se extralimita, lo cual sucedería en el supuesto que un inspector de policía, funcionario administrativo, facultado para ejecutar el secuestro, además de este, practique un dictamen pericial.

## 13. Derogación

A) *Concepto.* Este fenómeno se presenta cuando el conocimiento de un proceso se le sustrae al funcionario judicial de una rama para pasárselo a otra.

B) *Requisitos.* El requisito esencial para configurar la derogación de la jurisdicción, como se desprende del concepto, consiste en que el asunto pase de una rama a otra, por cuanto, si es dentro de la misma, hay igualmente derogatoria, pero ya no de jurisdicción, sino de competencia.

C) *Modalidades.* La derogación de jurisdicción se presenta en dos situaciones, conforme a la circunstancia que lo genere, a saber:

a) *Cuando el cambio del conocimiento del funcionario se produce en virtud de una ley.* Ocurriría, por ejemplo, si una ley atribuyera a los jueces civiles el ejecutivo tendente a obtener la cancelación de los impuestos, aspecto que en la actualidad es atribución de la jurisdicción coactiva.

b) *Cuando las dos partes convienen que el proceso judicial continúe tramitándose y sea decidido por un tribunal de arbitramento*, que queda investido de jurisdicción para ese preciso efecto.

## 14. Conflicto

A) *Concepto.* El conflicto se presenta cuando dos o más funcionarios investidos de jurisdicción, pero pertenecientes a distinta rama (ordinaria, conten-

ciosa administrativa, penal, penal militar, etc.), se disputan el conocimiento de un proceso, bien por considerar que a ninguno le corresponde (negativo), o porque todos estiman que es de su exclusiva incumbencia (positivo).

B) *Requisitos*. Para que se configure el conflicto de jurisdicción es preciso que se reúnan varios presupuestos o requisitos, a saber:

a) *Que curse un proceso en primera instancia*. No significa que exista proceso, en el sentido que la persona contra quien se dirige, sea demandado o denunciado, esté vinculado, por cuanto es factible que surja al inicio, porque el juez al considerar la demanda verifica si el asunto sometido a su consideración está dentro de los atribuidos a la rama de la cual forma parte, so pena que se imponga el rechazo *in limine,* como lo dispone el artículo 85, numeral 7, inciso 3º, de nuestro Código de Procedimiento Civil, aplicable a los restantes ordenamientos que adoptan sus normas como supletorias.

La primera instancia y la consiguiente sentencia con la cual culmina solo tiene aplicación en los procesos declarativos, pues en el ejecutivo no se presenta, en razón de su estructura, constituida por una serie de actos tendentes a obtener la liquidez necesaria para cubrir la obligación reclamada, por lo cual es factible que el conflicto se presente mientras no finalice normalmente por el pago o anormalmente por cualquiera de los medios consagrados por la norma, entre ellos la prosperidad de las excepciones. Desde luego que en el proceso ejecutivo se profiere sentencia, pero esta es solo una actuación de las tantas que se realizan, por lo cual, de acuerdo con nuestro ordenamiento procesal civil, contra ella no procede el recurso de apelación, y, aunque fuera viable, no podría hablarse de instancia, por carecer de los presupuestos que la caracterizan.

Al exigir que el conflicto se presente en la primera instancia, cierra la posibilidad de plantearlo posteriormente, particularmente durante la segunda, por cuanto la jurisdicción es un requisito esencial para surtir el proceso, cuya ausencia determina —como lo observamos— el rechazo *in limine* de la demanda o, si esto no se produce, la nulidad insaneable de toda la actuación, que se declara de oficio o a petición de parte, en cualquier oportunidad, por cuanto tiene el carácter de insaneable, con fundamento en lo preceptuado por el artículo 140, numeral 1, y el 144, numeral 6, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil, pero antes de proferir la sentencia definitiva, por cuanto con su ejecutoria queda subsanada.

Entonces, si el funcionario que conoce en segunda instancia observa que el asunto controvertido no le corresponde a la rama de la cual él forma parte, no hay lugar a provocar el conflicto, sino que declara la nulidad de toda la actuación, a partir del auto que admite la demanda.

b) *Que entre el funcionario que tramita el proceso y otro u otros surja disputa acerca de a quién le corresponde conocerlo*. Es necesario que, como consecuencia de un trámite o una petición, el funcionario considere que a él no le corresponde decidir, sino a otro de diferente jurisdicción, el cual también

estima que no le corresponde conocerlo. Esta negativa o, en el caso contrario, es decir, si ambos funcionarios consideran que es de su conocimiento, genera o determina el conflicto.

c) *Que los funcionarios entre quienes se suscite estén investidos de jurisdicción, pero pertenezcan a diferente rama.* Se descarta, de consiguiente, entre funcionarios de la misma rama, por cuanto tipifica otra figura, como es el conflicto de competencia. Al hablar de rama, de conformidad con la actual reglamentación legal, nos referimos a la ordinaria (civil, penal, laboral, agraria) y las especiales (penal militar, contencioso administrativa, etc.). No se excluye el conflicto entre funcionarios judiciales con otros de diferente rama y, en particular, de la administrativa, como los inspectores de policía, porque la naturaleza de los asuntos que estos conocen pueden prestarse a disputa con los atribuidos a la civil o agraria.

C) *Decisión.* El conflicto de jurisdicción, por regla general, está atribuido a un órgano judicial distinto de los que integran las ramas en que suele dividirse. En nuestro medio, el conflicto que pueda surgir entre las distintas jurisdicciones y entre estas y las autoridades administrativas que asuman ese tipo de función, lo decide el Consejo Superior de la Judicatura, pero si ocurre entre jueces e inspectores de policía de un mismo distrito judicial le corresponde resolverlo a los consejos seccionales de la judicatura, actuando uno y otro por conducto de su respectiva sala jurisdiccional disciplinaria, conforme lo preceptuado por los artículos 112, numeral 2, y 114, numeral 3, de la ley 270 de 1996 (estatutaria de la administración de justicia).

Aunque el artículo 256, numeral 6, de la Constitución Política, que consagró esa función, atribuyéndosela a los mencionados órganos, utilizó el vocablo *conflicto de competencia entre las distintas jurisdicciones*, con lo cual se despejaba cualquier duda que pudiera surgir al darle sentido a esos dos aspectos, pues tenía que concluirse que su aplicación quedaba circunscrita a cuando la disputa se diera entre funcionarios de diferentes ramas —que, de acuerdo con lo que hemos observado al respecto, comprende las especiales y las especializadas—, el Consejo Superior de la Judicatura, en proveído de 23 de abril de 1991, con ponencia del magistrado ÁLVARO ECHEVERRY U., sostuvo que solo era viable entre los de la ordinaria y las especiales creadas por la Constitución.

Tal criterio determinó que se dejara a los funcionarios judiciales la decisión del conflicto, como si se tratara de competencia, los cuales la asumieron, sin compartir el criterio del Consejo Superior de la Judicatura, con los inconvenientes de orden jurídico y práctico que ello implicó, por cuanto en los órganos jerárquicamente superiores de la ordinaria no existe una sala que tenga esta condición con respecto a jueces de diferente rama.

La Corte Suprema de Justicia, para no dejar sin funcionario que resolviera el conflicto, asumió esta función, que no ofreció dificultad cuando ocurría entre un juez civil y otro de familia de distinto distrito judicial, como sucede

por la ambigüedad con que se regulan ciertos asuntos asignados a estos últimos, pues la sala de casación civil es superior jerárquico de ambos, pero sí la presentó en las restantes situaciones que lo originan.

En efecto, cuando el conflicto surgía entre un juez de familia y uno civil o agrario, que para el caso es igual, del mismo distrito judicial, se plantearon dos soluciones, con igual respaldo en la sala de casación civil de la Corte, lo cual determinó la designación de conjueces para dirimir el empate, en el sentido que le correspondía a este ente como órgano rector, mientras la otra sostuvo, con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, que era atribución del tribunal, pero como en estos no existe una sala que sea superior jerárquico común de todas las ramas, la asumió la plena, contrariando el texto legal que le asigna esa función a las de decisión, con fundamento en lo estatuido por el artículo 29 del citado ordenamiento procesal.

Solución semejante se dio en el conflicto entre un funcionario cualquiera de la rama civil y otro de la laboral, de diferente distrito judicial —situación no descartable, por la existencia de relaciones jurídicas que carecen de una clara delimitación—, el cual, de acuerdo con el Consejo Superior de la Judicatura, le correspondía decidirlo a la Corte Suprema de Justicia, pero como en esta, al igual que los tribunales, no hay una sala superior común a esas dos ramas, lo solucionaba la plena.

La ley 270 de 1996 —estatutaria de la administración de justicia— en su artículo 18 y con el calificativo de "conflictos de competencia", le dio carácter normativo al criterio expuesto por el Consejo Superior de la Judicatura y a la forma como la rama judicial venía resolviéndolos.

En efecto, dicho precepto dispuso que los conflictos suscitados entre autoridades de la jurisdicción ordinaria que tengan distinta especialidad y pertenezcan a diferente distrito los resolverá la Corte Suprema de Justicia por conducto de su respectiva sala de casación y, en cualquier otro supuesto, por la sala general de la Corporación. Quiere ello decir que si el conflicto surge, por ejemplo, entre un funcionario civil y otro agrario o de familia, siempre que sea de diferente distrito, le corresponde dirimirlo a la sala de casación civil, superior jerárquico de ambos; pero, en otros casos, esto es, entre jueces de diferente rama, como acontece entre un civil o agrario y un laboral, le corresponde a la sala general de la Corte, por no existir en esta corporación una sala especializada superior de esas dos.

La misma disposición citada prevé que cuando el conflicto ocurra entre funcionarios de diferente rama, por ejemplo, un civil o agrario con un laboral, pero dentro de un mismo distrito judicial, le corresponde a las salas mixtas del correspondiente tribunal superior, cuya integración deja a lo que se disponga en el reglamento de la respectiva corporación.

# Capítulo II

# LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL

## 1. Concepto

La función jurisdiccional se cumple mediante unos despachos u oficinas que, jurídicamente, se denominan *órganos*. De ahí que estos puedan definirse como los entes por cuyo conducto el Estado cumple la función jurisdiccional.

De acuerdo con la terminología de nuestra actual Carta Política —como lo hemos expresado en varias oportunidades— la rama judicial es una de la tres que integran los poderes del Estado y su función es, precisamente, la jurisdiccional.

Utilizamos el calificativo de judicial por referirnos exclusivamente a los órganos que integran esa rama del Estado, lo cual implica excluir a todos los restantes que también ejercen la función jurisdiccional, como el Senado cuando juzga a ciertos funcionarios, o el caso de los particulares que integran los tribunales de arbitramento.

## 2. Principios

Los órganos judiciales, es decir, los que integran esa rama del Estado, están sujetos a un conjunto de principios, de cuyo cumplimiento depende el buen éxito de su función. Los doctrinantes suelen incluir los siguientes:

A) *Permanencia.* Si la rama judicial ejerce continuamente su función o está siempre en condiciones de atender los pedimentos que se le formulen, también lógico es suponer que los órganos por conducto de los cuales se cumple, existen en forma permanente.

B) *Jerarquización.* Es uno de los principios esenciales de la organización judicial, del cual se deriva el principio de las dos instancias. Los órganos ocupan ámbitos jerárquicos diferentes, que van desde el de menor importancia, juzgado municipal, hasta la Corte Suprema, pasando por los juzgados de circuito y los tribunales superiores.

La subordinación, que implica la jerarquización, no consiste, como se dijo, en que un órgano esté incondicionalmente supeditado a su superior, sino que estos puedan conocer las decisiones del inferior a fin de verificar su legalidad, por lo cual uno y otro obran autónomamente y solo tienen como límite lo dispuesto en la ley.

C) *Distribución adecuada de los órganos judiciales*, de tal manera que la justicia esté cerca de quien la requiera, a fin de obtener la economía completa, es decir, tanto jurídica como patrimonial.

Este principio implica que existan órganos que se hallen en todo el territorio nacional o que lo cubran totalmente, como lo son nuestros jueces municipales; pero en grado más alto y con mayor extensión jurisdiccional están otros funcionarios, como son los jueces del circuito, hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia.

D) *Especialización*. Tiende a que los órganos solo conozcan asuntos de determinado ramo, con lo cual se logra la mejor marcha de la justicia y que el funcionario adquiera cada vez mayores conocimientos.

Es la tendencia actual y que, en nuestro medio, ha tenido desarrollo, por cuanto, con fundamento en la ley 30 de 1987, se crearon las jurisdicciones de familia y agraria. La especializada o comercial, aunque con limitaciones, por obrar solo en determinadas ciudades, fue suprimida y los asuntos de su competencia pasaron a la rama civil.

## 3. Clasificación

Los órganos judiciales suelen clasificarse de varias maneras, según el punto de vista que se tome en consideración.

A) *Con base en el número de órganos existentes en determinado lugar*, pueden ser únicos o múltiples.

a) *Únicos*. Cuando en una localidad solo existe un órgano de rama y categoría iguales, como ocurre en la mayoría de los municipios donde no hay sino un juez municipal, sea civil o penal.

Esto no significa que en la localidad no existan otros órganos judiciales, siempre que sean de jerarquía o rama diferente. Entonces, por ejemplo, pueden existir en un sitio dos jueces municipales, pero si uno es civil y el otro penal, ambos son únicos. Así mismo, conservan su calidad de únicos, si hay dos jueces de la misma rama, por ejemplo, civiles, pero uno es municipal y el otro del circuito, porque tienen diferente jerarquía.

b) *Múltiples*. Cuando en una localidad existen varios órganos de una misma rama y jerarquía, por ejemplo, varios juzgados civiles municipales.

B) *Según el número de funcionarios que integran el órgano*, este puede ser singular o colectivo.

a) *Singular*. Cuando el órgano tiene un solo titular, como son los juzgados en general, que tienen un juez.

b) *Colectivo*. Cuando el órgano ejerce la función mediante varios titulares que obran de manera conjunta o colegiada, siendo plural la decisión, como ocurre en la Corte Suprema y en los tribunales superiores.

C) *Desde el punto de vista de su función*, o sea, de las facultades de que se encuentran investidos, pueden ser instructores y falladores.

a) *Instructores*. Son los órganos que tienen la función específica de investigar o preparar el proceso mediante la práctica de pruebas tendentes a esclarecer los hechos materia del mismo. Entre nosotros existieron solamente en el campo penal.

b) *Juzgadores o falladores*. Son los órganos encargados de proferir la sentencia que decide el asunto sometido a su consideración.

D) *De acuerdo con la clase de asuntos que le corresponda conocer*, pueden ser especializados o promiscuos.

a) *Especializados*. Son los órganos que conocen de asuntos que atañen a una rama específica de la jurisdicción, como civil, penal, laboral, etc.

b) *Promiscuos*. Son los órganos que conocen de asuntos referentes a varias ramas, comprendiendo generalmente el civil, penal, laboral, familia y comercial. Infortunadamente, estos órganos abundan en nuestra rama judicial a causa de la falta de medios o recursos por parte del Estado, que no le permiten dotarlos de locales y elementos, a más de personal suficiente e idóneo.

## 4. Organización judicial

Se entiende por organización judicial la manera como se encuentra estructurada esa rama del poder público. La rama judicial, como lo expusimos al tratar de la jurisdicción, se divide en dos, la ordinaria y la especial. La ordinaria, por su parte, está integrada por las especializadas, constituidas por la penal, laboral, de familia, agraria y comercial.

A) *Ordinaria*. Compuesta por tres clases de órganos que, en cuanto a sus funciones, tienen una situación jerarquizada en forma de pirámide.

En la cúspide, con jurisdicción en todo el territorio, la *Corte Suprema de Justicia*; en un plano inferior, coincidiendo con la división departamental y asiento en la respectiva capital —salvo Santander del Norte, Boyacá y Valle, donde existen dos, con sede, respectivamente, en Pamplona, Santa Rosa y Buga, y, además, el de Medellín y el Distrito Capital de Bogotá—, encontramos los *tribunales superiores de distrito judicial*; luego los *juzgados de circuito*, que comprenden varios municipios, formando lo que usualmente se denomina provincia; finalmente, en la base, los *juzgados municipales*. El distrito judicial está integrado por uno o varios circuitos y estos, por uno o varios municipios. Los distritos pueden no coincidir con la división político administrativa del país y los circuitos no requieren pertenecer a un departamento.

La *Corte Suprema de Justicia* tiene tres salas especializadas, a saber: la civil, de familia y agraria, la penal y la laboral. La sala civil conoce de los asuntos propios de este campo, de los de familia, agrarios y comerciales. Las salas tienen número impar de magistrados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 234 de la Constitución Política de 1991.

La reunión de la totalidad de las salas integra la *sala plena*, que designa a su presidente y vicepresidente para períodos de un año. El presidente de la Corte y los de las *salas especializadas* forman la *sala de gobierno.*

Los *tribunales superiores* tienen una composición semejante a la de la Corte. Hay igualmente una *sala plena*, integrada por la reunión de todos los magistrados; las *especializadas*, para atender cada una de las ramas; *la de gobierno,* por los presidentes de estas, y *las de decisión*.

Existen como salas especializadas la civil, la penal, la laboral, de familia y agraria, cuyo número de componentes es determinado por la ley y variable en cada distrito judicial de acuerdo con el volumen de los negocios existentes.

Cada sala especializada ejerce la función jurisdiccional por medio de las llamadas *salas de decisión*, que se componen de tres magistrados: uno, el *ponente*, encargado de tramitar el proceso y elaborar el proyecto de sentencia, y los otros dos, que le siguen en orden alfabético, teniendo en cuenta la primera letra del apellido. A estos dos se les suele llamar *sala dual*, por cuanto les corresponde decidir el recurso de súplica contra ciertas providencias proferidas por el ponente. Sin embargo, en aquellos distritos en los cuales la sala especializada consta de solo dos magistrados, a ellos les corresponde actuar como sala de decisión. Hay tantas salas de decisión cuantos sean los magistrados que componen el tribunal.

Respecto de los *juzgados*, cabe resaltar que los municipales y de circuito existen en el civil y penal. En la jurisdicción de familia, en la agraria y laboral se limitan a los del circuito. En el penal hay jueces especializados, de ejecución de pena y de paz, que conocen de determinados asuntos.

B) *Especiales*. Obedecen a la necesidad de atender asuntos específicos que, por su índole, exigen una organización propia, como acontece con la militar, la contencioso administrativa, la coactiva, etc. Unas son de creación constitucional y otras legal.

a) *Contencioso administrativa*. Esta jurisdicción especializada la ejercen el *Consejo de Estado,* como órgano máximo y con competencia en todo el territorio nacional, y los *tribunales administrativos* que, a semejanza de la jurisdicción ordinaria, tienen asiento en las capitales de departamento y competencia en el respectivo territorio, cuyo número de magistrados es variable y señalado por la ley conforme al volumen de los negocios. Además, fueron creados los *juzgados administrativos,* cuyo número lo determina la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

El *Consejo de Estado* tiene igualmente número impar de consejeros y está dividido en dos salas: la de lo *contencioso administrativo* y la de *consulta* y *servicio civil*. La contenciosa, por su parte, se divide en cinco *secciones*, que ejercen separadamente sus funciones de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo que le asigne la sala plena del Consejo de Estado de acuerdo con la ley. La sección segunda se divide en dos subsecciones.

b) *Constitucional.* La compone exclusivamente la *Corte Constitucional,* integrada por número impar de magistrados, elegidos por el Senado de ternas enviadas por el presidente de la república, el Consejo de Estado y la Corte Suprema, cuya función consiste en decidir sobre la declaración de constitucionalidad de las leyes.

c) *De los indígenas.* La Constitución Política prevé la jurisdicción para las comunidades indígenas, que se ceñirán a sus propias normas y procedimientos, y se ejercerán dentro del respectivo territorio.

d) *Equidad.* La Constitución Política faculta a la ley para crear la jurisdicción de equidad, integrada por jueces de paz, los cuales pueden ser elegidos por votación popular.

e) *Disciplinaria.* La compone el *Consejo Superior de la Judicatura* y los *consejos seccionales*, que actúan por conducto de la respectiva sala.

f) *Penal militar.* La militar la integra la Corte Suprema, por conducto de la sala penal, el *Tribunal Superior Militar,* como órgano de segunda instancia y competencia en todo el territorio nacional y los *jueces de primera instancia.*

g) *Coactiva.* La ejercen los tesoreros o recaudadores municipales, los empleados encargados de recaudar las rentas departamentales y, en lo nacional, los jefes de cobranzas, jefes de recursos tributarios, inspectores de impuestos, recaudadores, etc.

Estos funcionarios son de carácter administrativo, por cuanto pertenecen a esta rama, pero se encuentran investidos de jurisdicción para cumplir su función.

Forman parte de la coactiva los órganos de lo contencioso administrativo, pero exclusivamente para conocer de las excepciones, apelaciones y recursos de queja que se propongan en los procesos correspondientes.

h) *Especializada.* Está integrada por los *jueces especializados* y las salas atribuidas a los tribunales superiores de distrito para investigar y fallar los delitos de terrorismo y narcotráfico. Fue creada por la ley 504 de 1999 y reemplazó a la de orden público establecida por el decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal.

i) *Superintendencias.* A las superintendencias, aunque son entidades de índole administrativa, se les han atribuido funciones jurisdiccionales, con fundamento en lo preceptuado por el artículo 11 de la Constitución Política. A la de Sociedades le corresponden los antiguos procesos concursarios que actualmente de conformidad con la ley 1116 de 2006, se denominan de insolvencia empresarial y liquidación, la impugnación de los actos y decisiones de las asambleas o junta de socios y de juntas directivas de las sociedades sobre las cuales ejerce vigilancia y para dirimir la discrepancia sobre la ocurrencia de las causales de disolución (ley 446 de 1998, arts. 137 y 138). A la de Industria y Comercio, lo relativo a la competencia desleal y protección al consumidor (ley 446 de 1998, arts. 143 y 145). A la financiera, creada recientemente por la fusión que se hizo de las superintendencias de Valores y Bancaria, le corres-

ponde velar por la protección de los accionistas minoritarios y dirimir las controversias que surjan entre la entidad vigilada y sus clientes o usuarios.

## 5. Fiscalía

A) *Composición.* Nuestra Constitución, en su artículo 249, estableció la Fiscalía como un ente independiente, integrada por el fiscal general de la nación, como cabeza, y los fiscales de las unidades de Fiscalía adscritas a la Dirección Nacional y de las Seccionales, de acuerdo con lo preceptuado por el decreto 2699 de 1991, que reglamentó esa norma.

La ley 938 de 2004, Estatuto Orgánico de la Fiscalía, que sustituyó el decreto 2699 de 1991, determinó la composición de la Fiscalía, adecuándola al nuevo sistema acusatorio, aun cuando en lo esencial conservó su estructura: fiscal general de la nación, vicefiscal general de la nación, los fiscales delegados que se designen para casos especiales y los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distrito, los jueces de circuito y los jueces penales municipales y promiscuos.

a) *Designación.* a) Al fiscal general de la nación lo elige la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el presidente de la república, para un período de cuatro años (Const. Pol., art. 249, inc. 10).

b) A los fiscales los designa el fiscal general de la nación.

C) *Funciones.* La Constitución Política (art. 249, *in fine*) preceptúa que la Fiscalía forma parte de la rama judicial. Sin embargo, la Fiscalía, aun en vigencia de la ley 600 de 2000, no ejerce la función jurisdiccional, pues, así le corresponda la investigación o fase instructiva, que comprende la calificación, con la cual podría encajar esa actividad, en sentido estricto, de acuerdo con la actual reglamentación, no tiene ese carácter o condición, y luego, en la tapa del juicio, adopta la condición de acusador, para, como parte del proceso, sustentar la resolución acusatoria. Con esa precisión, las funciones que ejerce la conformidad con lo preceptuado por la ley 600 de 2000, se concretan, en primer lugar, a investigar los delitos y, si es el caso, acusar a los sindicados ante los tribunales o jueces competentes; y, en segundo, adoptar la calidad de parte o sujeto procesal para defender la resolución acusatoria, lo que no excluye la proposición de absolución, si se dan los presupuestos para ello.

La ley 906 de 2004, que adoptó el sistema acusatorio, conserva la misma estructura o doble función, pero con características distintas, por cuanto en la etapa de instrucción no hay lugar a pronunciamiento alguno, como acontece en la ley 600 de 2000, porque la Fiscalía no profiere medida de aseguramiento y tampoco resolución acusatoria, sino que se concreta a formular la imputación y la acusación, si hay lugar a ella, ante el juez competente para dar inició al juicio. Su condición, en toda la actuación, es la de parte y así se infiere de las atribuciones que le asigna el artículo 114 de la susodicha ley 906 de2004, el cual, al igual que los demás aspectos que contempla en relación con la Fiscalía, constituye el capítulo 1 del título IV, destinado a partes e intervinientes.

Capítulo III

# LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES

## 1. Concepto

Genéricamente se utiliza el vocablo *juez* para designar a los funcionarios de la rama judicial, aunque en nuestro medio a los integrantes de los órganos colegiados, como la Corte y los tribunales, se les llame *magistrados*.

El término *juez* —como observa Caravantes[1]— "trae su etimología de las palabras latinas *ius* y *dex*, nominativo poco usado y contracción de *vindex*, como si se dijera *iuris vindex*, porque el juez es el vinculador del derecho, o el que declara, dicta o aplica el derecho, o pronuncia lo que es recto y justo".

"Es, pues, juez —continúa el mencionado autor— la persona constituida con autoridad pública para administrar justicia, o la que ejerce jurisdicción con arreglo a las leyes, conociendo y dirigiendo el procedimiento de las causas civiles y criminales, y dictando en ellas las sentencias que cree justo".

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, en su acepción más simple, al juez se lo puede concebir como el titular del órgano judicial y el encargado de realizar la función jurisdiccional.

## 2. Características

Las características que distinguen a los funcionarios judiciales son las siguientes:

A) *Inamovilidad*. Consiste en que los funcionarios no pueden ser separados de su cargo, sino por las causales establecidas perentoriamente por la ley.

B) *Sedentarios*. Se funda en que ejercen sus funciones en determinada localidad y en ella tienen su sede.

Repugna a la organización judicial los funcionarios ambulantes, que solo estaban previstos entre nosotros para determinada rama y específicamente para el cumplimiento de cierta actividad, como eran los jueces agrarios, de acuerdo con lo preceptuado por el decreto 2303 de 1989, artículo 10, inciso 2º.

[1] Eduardo Pallares, *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Edit. Porrúa, 1956, pág. 360.

C) *Independientes*. Este principio se refiere no solo a la independencia que tiene el funcionario judicial frente a los otros que integran las restantes ramas del poder público, que podemos denominar *externa*, sino con respecto a los demás que conforman la propia, que puede llamarse *interna*.

En desarrollo de dicho principio y por lo que al aspecto *externo* se refiere, en las decisiones que tomen los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional no tienen influencia alguna los funcionarios de las otras ramas, los cuales, por el contrario, deben acatarlas y hacerlas cumplir.

Por lo atinente a la *interna*, si bien la rama judicial está jerarquizada, ello no implica subordinación, pues el funcionario judicial tiene plena libertad para tomar sus decisiones, basándose sólo en el ordenamiento positivo.

No altera en forma alguna este principio la segunda instancia, que se surte en virtud de apelación o consulta, porque el superior se concreta a considerar la providencia objeto de la actuación para revocarla, modificarla o confirmarla, sin que para ello tenga fundamento distinto de la ley. La decisión del superior surte sus efectos en el proceso donde se tome, no en el funcionario judicial que inicialmente la profirió.

### 3. Calidades

Consisten tanto en el lleno de ciertos requisitos, como en la ausencia de otros, todo lo cual es indispensable establecer para poder vincularse a la rama judicial.

La Constitución y la ley señalan los requisitos exigidos para desempeñar el cargo de juez o funcionario judicial, sin consideración a su clase o categoría, por lo cual pueden designarse como *generales*.

Estos requisitos generales son unos de carácter *positivo*, porque implican tener unas calidades, concretándose a la condición de nacional por nacimiento, ciudadano en ejercicio, estar en pleno goce de sus derechos civiles y tener título profesional de abogado, salvo cuando se trate de jueces de paz; mientras que otros son *negativos*, por exigir la ausencia de ciertas condiciones, como es no estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad (ley 270 de 1996, art. 127).

Además, de acuerdo con la categoría del cargo se exigen requisitos adicionales, de los cuales unos, los relativos a los magistrados de las más altas corporaciones, los consagra la propia Carta Política, y deja los restantes a consideración de la ley.

Tales requisitos constitucionales consisten en el desempeño durante diez años de cargos en la rama judicial o en el ministerio público, o el ejercicio de la profesión de abogado, con buen crédito, por el mismo tiempo, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente (Const. Pol., art. 232, num. 4).

Para los restantes funcionarios judiciales se requiere experiencia profesional, que varía según la categoría, no inferior a dos años para los municipales, de cuatro mínimo para los de circuito y de ocho para los magistrados de los tribunales (ley 270 de 1996, art. 128, nums. 1, 2 y 3).

En cuanto a la experiencia profesional —que se prestó a interpretación en la legislacion anterior, por ausencia de reglamentación, por cuanto se refirió exclusivamente al ejercicio de la profesión— en la actualidad el parágrafo 1º del artículo 128 de la ley 270 de 1996 la concibe como la adquirida con posterioridad al título profesional en actividades jurídicas, sea de manera independiente o en cargos públicos o privados, incluida la función judicial.

Se infiere de lo expuesto que la experiencia se obtiene en cualesquier actividad de índole jurídica, por comprender tanto el ejercicio de la profesión de abogado en forma independiente, como también en el desempeño de cargos públicos o privados, incluidos los judiciales, siempre que se ocupen con posterioridad a la obtención del título profesional. Queda excluida, como es lo indicado, la experiencia anterior al título profesional, aunque puede servir para llenar determinados requisitos para obtenerlo.

## 4. Inhabilidades

Son ciertas circunstancias que afectan a una persona y le impiden vincularse o desempeñar el cargo de funcionario de la rama judicial. Como se desprende de lo dicho, la inhabilidad no solo constituye obstáculo para que el nombramiento produzca sus efectos, sino que, si recae en quien desempeña un cargo judicial, determina que no pueda continuar desempeñándolo, debiéndosele declarar insubsistente. Son las siguientes:

A) *Hallarse en interdicción judicial*. Como la norma no especifica, se entiende que comprende a todas las causas que determinan la declaración de interdicción. Además, no bastan los hechos que fundan o constituyen la interdicción, sino que es necesario que esta se declare judicialmente (ley 270 de 1996, art. 150 num. 1).

B) *Padecer alguna afección mental que comprometa la capacidad necesaria para el desempeño del cargo, debidamente comprobada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses*. Se excluye el defecto físico, pues la norma no lo consagra. Además, la afección mental debe comprometer o incidir en la capacidad requerida para desempeñar el cargo, aunque no sea determinante de interdicción judicial (ídem, num. 2).

C) *Medida de aseguramiento que implique privación de la libertad, sin derecho a la libertad provisional*. No importa la clase de delito, por cuanto a diferencia de la legislación anterior, la norma actual no la consagra. Tampoco que la medida implique pérdida de la libertad, como ocurre con la detención, sino que efectivamente tenga operancia. Es factible, por tanto, que se profiera

una medida de tal naturaleza, pero que se conceda libertad provisional y, por ende, no se configure la inhabilidad (ídem, num. 3).

D) *La suspensión o exclusión del ejercicio de la profesión de abogado.* La causal en este caso —agrega la disposición— obra mientras el profesional afectado obtiene su rehabilitación. Supone la existencia del respectivo proceso disciplinario adelantado contra el abogado y que la sentencia con que culmina le imponga como sanción la suspensión o exclusión del ejercicio de la profesión de abogado. Por lo que hace a la suspensión, se entiende que la causal obra mientras esté vigente, pues la inhabilidad desaparece una vez transcurrido el tiempo impuesto como sanción por ese concepto. En cuanto a la exclusión, no constituye causal de inhabilidad una vez se obtenga la rehabilitación, mediante la correspondiente sentencia debidamente ejecutoriada (ídem, num. 4).

E) *La declaración de responsabilidad por la comisión de un hecho punible, excepto por delitos políticos o culposos.* La norma no hace distinción sobre la pena impuesta, sino simplemente que se produzca la sentencia que reconozca la responsabilidad por una conducta que tipifique un delito doloso, salvo los culposos o los políticos (ídem, num. 5).

F) *La destitución de cualesquier cargo público.* Hace referencia a un cargo público cualquiera, lo cual implica que comprende todos, incluida la rama judicial (ídem, num. 6).

G) *Ingerir habitualmente bebidas alcohólicas o consumir drogas o sustancias no autorizadas o tener trastornos graves de conducta*, de forma tal que puedan afectar el servicio (ídem, num. 7).

## 5. Sistemas para designar al funcionario

Varios sistemas existen para escoger las personas que pueden ocupar los cargos de la rama judicial. Se cita el de elección popular, el de designación por otras ramas del poder público, sea de manera individual o conjunta, el de cooptación y la carrera judicial.

A) *Elección popular.* Consiste en que la designación de los funcionarios judiciales se hace mediante el voto directo de los ciudadanos, sistema adoptado en Estados Unidos.

Ofrece como ventaja que los funcionarios judiciales son directos representantes de la sociedad, pero entraña el inconveniente de hacerlos intervenir en política y que lleguen a ocupar el cargo personas carentes de las calidades necesarias para cumplir la función jurisdiccional.

B) *Designación por las otras ramas del poder público.* Se aplica cuando las ramas distintas de la judicial, como son la administrativa y la legislativa, individual o conjuntamente, nombran los funcionarios encargados de la función jurisdiccional.

Este sistema adolece del inconveniente de colocar a los funcionarios judiciales bajo la dependencia de quien hizo el nombramiento e, igualmente, que los escogidos no tengan la suficiente idoneidad.

Acogido en nuestro medio, dentro del régimen centralista, en donde existió un método combinado mediante la participación del ejecutivo y el legislativo. En efecto, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia los nombraban las cámaras legislativas de ternas enviadas por el gobierno nacional; a los magistrados de los tribunales superiores las asambleas; y a los jueces los concejos municipales.

El acto legislativo 1 de 1945 varió el sistema en cuanto a los magistrados de los tribunales, que pasaron a ser elegidos directamente por la Corte Suprema de Justicia y los jueces igualmente de manera directa por los tribunales superiores.

Sin embargo, la Constitución Política de 1991 regresó a ese sistema, que se consideraba superado, al establecer en su artículo 239, inciso 2º, que los magistrados de la Corte Constitucional se elegirán por el Senado de la República de ternas enviadas, entre otros, por el presidente de la república.

Igual criterio se tuvo respecto a la integración del Consejo Superior de la Judicatura, al disponer en su artículo 254, numeral 2, que los magistrados de la sala jurisdiccional disciplinaria se elegirán por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el gobierno.

C) *Cooptación.* Consiste en que sea la rama judicial la que llene sus propias vacantes o haga las respectivas provisiones de los cargos. Presenta la ventaja que se tienen en cuenta las calidades de los aspirantes, pero no se descartan las influencias en la elección.

La cooptación, de manera completa, fue acogida entre nosotros por el plebiscito de 1957, al establecer que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como máximos organismos jurisdiccionales, llenarán sus propias vacantes. Se conservó la designación por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado de los magistrados de los tribunales, los cuales hacen lo propio en relación con los jueces de su respectivo territorio.

D) *Carrera judicial.* Se funda en el ingreso a la rama judicial mediante concurso de selección para ingreso y ascenso, con garantía de permanencia mientras se observe buena conducta y no se llegue a la edad de retiro forzoso. Este sistema es, sin lugar a dudas, el más aconsejable, pues permite escoger las personas más idóneas y garantizar su total independencia.

La carrera judicial fue adoptada entre nosotros por el decreto 250 de 1970 para los juzgados y tribunales, mediante concurso de ingreso y ascenso, clases de cargos, etc., salvo para la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que conservaron su carácter vitalicio, pero restringido, por fijarse límite de edad.

Dicho decreto 250 estableció —como dijimos— los concursos para ingreso y ascenso en la rama, consagró tres clases o categorías de funcionarios, que fueron los de libre nombramiento, de carrera y servicio, según la manera como se produjera la vinculación al cargo y que les otorgaba derecho a permanecer y ascender mientras se observara buena conducta y no llegaran a edad de retiro forzoso. Este sistema se hizo extensivo al ministerio público y a los empleados respectivos.

La carrera judicial se aplicaría por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, integrado por el ministro de Justicia, como su presidente, los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario, el procurador general de la nación y un funcionario y empleado, ambos de carrera. El secretario sería el jefe de la oficina de asesoría de la rama jurisdiccional del Ministerio del Trabajo.

Le correspondía al Consejo Superior realizar los concursos, cuyas bases previamente establecería, concretándose a la experiencia demostrada por el aspirante, su capacidad, conducta personal, organización, rendimiento en los cargos desempeñados, los estudios de postgrado realizados, el desempeño de cátedra universitaria, la publicación de obras de investigación científica, y los resultados de los concursos anteriores. Además se practicarían entrevistas, exámenes, etc. Tanto los requisitos del concurso como los resultados se publicarían en la *Gaceta del Foro*, el *Diario Oficial* y periódicos de amplia circulación. Quienes resultaran aprobados se inscribirían en el registro, donde se indicaría el escalafón, grado y especialidad, para enviarlos a las corporaciones o funcionarios cuando tuvieran que efectuar nombramientos.

Lamentablemente lo relativo a tales aspectos tuvo solo una corta vida. Mediante el acto legislativo 1 de 1979 se previó una nueva organización jurisdiccional y la adopción de la carrera. A tal efecto se estableció que los magistrados de la Corte y el Consejo tendrían un período fijo de ocho años, y las vacantes las llenaría la propia corporación. Se dispuso que los juzgados y tribunales serían de creación legal. Se creó el Consejo Superior de la Judicatura, que vino a reemplazar al Tribunal de Conflictos, creado por la ley 20 de 1979, en cuanto a que no solo le correspondía dirimir las diferencias acerca del conocimiento de los procesos que surgieran entre la jurisdicción ordinaria y la especial, así como del régimen disciplinario, sino la selección de los candidatos para cualquier cargo jurisdiccional, entre los cuales se efectuaría la designación por la entidad u órgano competente.

La Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el mencionado acto legislativo mediante sentencia del 3 de noviembre de 1981, con lo cual se regresó al régimen anterior, esto es, que todos los funcionarios serían de libre nombramiento y dicho órgano judicial llenaría sus propias vacantes y la de los tribunales superiores, los cuales, por su parte, designarían a los jueces.

El cargo de magistrado de la Corte Suprema de Justicia y consejero de Estado quedó vitalicio y hasta llegar a la edad de retiro forzoso. Los magistrados de los tribunales quedaron con un período de cuatro años y los jueces de dos. Recobró vida el Tribunal de Conflictos, con las funciones indicadas de servir de medio para zanjar las controversias acerca de si un negocio corresponde a la rama ordinaria o a la especial (contenciosa) y para conocer y decidir las sanciones que se imponen a los jueces en general y a los abogados.

En la actualidad, por virtud de la ley 270 de 1996 —*estatutaria de la administración de justicia*— se reconoció nuevamente el sistema de concurso para ingresar a la carrera judicial, correspondiéndole al Consejo Superior de la Judicatura su reglamentación y realización. Los concursos tienen una formalidad semejante a la expuesta, es decir, que se funda en exámenes, rendimiento, especializaciones y entrevistas. Con base en los resultados se elabora la lista de los candidatos para desempeñar o llenar las vacantes al órgano encargado de efectuar el nombramiento.

El concurso es el medio para ocupar cualesquier cargo en la rama judicial, excepto los magistrados de los tribunales más importantes, como son la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que los escoge el Consejo Superior de la Judicatura entre quienes formulen las correspondientes solicitudes y establezcan los requisitos exigidos para desempeñarlos. Sin embargo, el Consejo Superior tiene libertad para incluir las personas que considere idóneas para tales cargos.

Los magistrados de esas altas corporaciones se designan por ellas mismas para períodos de ocho años y sin derecho a reelección. La Corte Suprema de Justicia, por su parte, nombra a los magistrados de los tribunales superiores y estos a los jueces de su correspondiente distrito judicial. El Consejo de Estado, de manera semejante, llena sus propias vacantes y designa a los magistrados de los tribunales administrativos.

## 6. Manera de desempeñar el cargo

La ley 270 de 1996 (art. 132), al referirse al punto, lo denomina como *formas de provisión de cargos en la rama judicial*, lo cual es, desde luego, cierto, pero no es solo ese aspecto, sino la condición con que se desempeña, por lo cual preferimos emplear este, que tiene un sentido más amplio. Las formas son las siguientes:

A) *Por encargo*. Se produce cuando las necesidades del servicio lo exigen, como acontece para llenar una vacante por licencia o vacaciones del titular. Debe recaer en otro funcionario vinculado en propiedad y puede prolongarse por un mes, prorrogable hasta por otro tanto. Quien se vincula en estas condiciones, aunque la disposición no lo diga, queda jurídicamente en interinidad.

B) *Provisionalidad.* Ocurre cuando se presenta vacancia definitiva y mientras se hace la provisión del cargo en propiedad, de acuerdo con el sistema que opere, sin que exceda de seis meses o, en caso de vacancia temporal, si no se hace la designación por encargo o esta es superior a un mes. Al igual que el anterior, quien se vincula con esa calidad adopta la condición de interino.

C) *Propiedad.* Tiene ocurrencia cuando el designado cumple con todos los requisitos para desempeñar el cargo y se le nombra para llenar una vacante definitiva. Al hablar de requisitos se refiere a que sea funcionario de carrera y cumpla con las correspondientes etapas de selección o, si se designa en las altas corporaciones, que efectúe la inscripción y sea incluido por el Consejo Superior de la Judicatura en las listas que envía para que el nominador haga la escogencia.

## 7. Adquisición de jurisdicción

La doctrina suele utilizar el calificativo de adquisición de jurisdicción para referirse a la manera como la persona designada para un cargo de la rama judicial queda investida de sus funciones.

La jurisdicción se adquiere mediante tres actos, todos de carácter administrativo, que son: designación, confirmación y posesión.

A) La *designación* es el acto por el cual se nombra a una persona para desempeñar determinado cargo de la rama judicial.

Producida una vacante, el funcionario u órgano nominador comunica la novedad a la sala administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, dentro de los tres días siguientes, para que le envíe la lista de los candidatos, integrada con un número no mayor de cinco, de acuerdo con el orden de selección.

El nombramiento, con base en las listas enviadas por el Consejo Superior o seccional de la Judicatura, se verifica dentro de los diez días siguientes al recibo de estas, por el más alto tribunal del respectivo ramo, esto es, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, para llenar sus vacantes y las de los tribunales, los cuales, por su parte, hacen lo propio respecto de los jueces de su distrito judicial.

Dichas corporaciones verifican la designación mediante acuerdo de la sala plena, que se le comunica al designado dentro de los ocho días siguientes. A los magistrados de los consejos seccionales los nombra la sala respectiva del Consejo Superior de la Judicatura.

B) *Aceptación.* Es la manifestación de conformidad que hace la persona designada para ocupar un cargo en la rama judicial. Se produce por cualesquier medio escrito y cuenta para ello con un término de ocho días, contados a partir de la fecha en que se le comunique el nombramiento.

C) La *confirmación* consiste en la ratificación de la designación y la hace el mismo funcionario u órgano nominador, previa aceptación del nombrado y la demostración, mediante las correspondientes pruebas, de las calidades requeridas para desempeñar el cargo, para lo cual el interesado cuenta con veinte días, si reside en el país, o de dos meses, si se encuentra en el exterior, contados a partir de la comunicación.

D) La *posesión* es el acto por el cual la persona designada promete, bajo la gravedad del juramento, cumplir con los deberes y obligaciones que el cargo le impone y se efectúa dentro de los quince días siguientes a la confirmación, término susceptible de prórroga por justa causa y una sola vez, otorgada por el nominador y a solicitud del interesado, que requiere formular antes de precluir el plazo inicial.

Los magistrados de las altas Cortes se posesionan ante el presidente de la república, los de los tribunales ante el gobernador del respectivo departamento y los jueces ante el alcalde de la localidad.

## 8. Insubsistencia del nombramiento

La insubsistencia consiste en dejar sin efecto el nombramiento que se hace de una persona para desempeñar el cargo de funcionario judicial. El pronunciamiento en ese sentido lo hace el funcionario u órgano encargado de la designación, mediante un acto de carácter administrativo, con base en las circunstancias siguientes:

A) *La no aceptación*. Se presenta cuando producido el nombramiento y comunicado al interesado, este guarda silencio durante el término que le concede la norma para aceptar o manifiesta que no lo acepta.

B) *Falta de confirmación*. La confirmación se niega cuando no se demuestran las calidades requeridas para desempeñar el cargo o, a pesar de hacerlo, se presentan extemporáneamente, o cuando se establece que el nombrado se encuentra inhabilitado o impedido moral o legalmente para ejercerlo.

C) *Por no tomar posesión en oportunidad*. Tiene ocurrencia cuando el designado no se posesiona dentro del plazo inicial o la prórroga concedida por el órgano nominador. La norma señala un lapso preciso dentro del cual la persona nombrada y que ha sido confirmada tome posesión del cargo.

## 9. Garantías

A fin de asegurar la independencia total del juez, es decir, frente a la misma rama, en relación con las restantes y, particularmente, con las partes que intervienen en los procesos, se han consagrado dos tipos de garantías: la inamovilidad y la remuneración por el Estado.

A) La *inamovilidad* significa que el funcionario judicial no puede ser separado de su cargo, sino por las causales expresamente consagradas en la ley. Como es natural, la inamovilidad solo se refiere a quien desempeña el cargo en propiedad, pues esta calidad es la que le otorga dicha garantía.

B) La *remuneración* es la asignación económica que percibe el funcionario como retribución de sus servicios. Esta remuneración la atiende directamente el Estado e incluye las prestaciones que establece la ley para los empleados públicos, como son primas, cesantías, etc., más las especiales consagradas para los funcionarios judiciales.

### **10.** Funciones

La función primordial que ejercen los funcionarios judiciales es la jurisdiccional; para ella cuentan con poderes, que analizamos en su lugar. Empero, si bien esta es la función esencial, no es la única, por cuanto producen determinados actos de carácter administrativo, como el de nombramiento de los empleados. De manera semejante pueden dictar resoluciones para sancionar a quienes no obedezcan sus órdenes (C. de P. C., art. 38, num. 1).

### **11.** Derechos

Los funcionarios judiciales tienen los mismos derechos que toda persona adscrita al Estado y, además, en razón de la índole de la rama de la cual forman parte, unos especiales o propios.

A) *En su condición de personas vinculadas al Estado*, gozan de un régimen especial, diferente de los restantes servidores públicos, aunque en muchos aspectos es igual.

Al efecto se distinguen los derechos que tienen mientras están en ejercicio de sus funciones y los que surgen una vez separados de ellas.

a) *Los derechos que tienen los funcionarios judiciales durante el desempeño de su cargo* se concretan a los siguientes:

a') El *permiso* consiste en la separación del cargo por causa justificada durante un tiempo determinado y sin que por ello pierdan su remuneración.

Los permisos son hasta de cinco días por cada mes calendario para los magistrados y de tres para los jueces y se solicitan y conceden por escrito, sin que produzcan vacante del cargo, por lo cual no es necesario designar reemplazo. Los concede el presidente de la corporación a la cual pertenezca el magistrado o dependa el juez.

b') La *licencia*, al igual que el permiso, es la separación del cargo por un determinado tiempo, pero implica que se designe reemplazo y el beneficiado

con ella no tiene derecho, por tanto, a recibir remuneración alguna, y se concede en los siguientes modalidades:

1. *Voluntaria.* La denominamos así, aunque la norma no lo hace, por ser facultativa del interesado y no obedecer a una causa o finalidad determinada. Es hasta por tres meses en el año calendario y puede ser continua o discontinua. No es prorrogable o revocable por quien la otorga, pero sí susceptible de ampliación o renuncia por el interesado. Esto significa que puede obtenerse en varias oportunidades o mediante varias prórrogas, pero sin exceder, en ningún caso, de tres meses durante el año. También pedirla por tres meses y reintegrarse antes de que venzan. La concede, según las necesidades del servicio, la sala de gobierno de la corporación nominadora.

2. *Por comisión.* La comisión se presenta cuando al funcionario se le hace el encargo de cumplir una función ajena a las propias de su cargo o, aunque sea la misma, tiene que efectuarla en sitio diferente a su sede. La ley estatutaria reconoce tres tipos o clases de comisiones, a saber:

2.1. *De servicios.* Se presenta cuando el funcionario, por razón de sus funciones, tiene que cumplir con estas en sitio diferente de su sede o para asistir a ciertos actos, como reuniones, conferencias, seminarios o visitas de observación que interesen a la administración de justicia. No puede exceder de treinta días, prorrogables hasta por otro tanto, y da derecho, además de la remuneración ordinaria, al pago de viáticos. Dentro de los ocho días siguientes al vencimiento el beneficiado debe informar sobre su cumplimiento.

2.2. *Especial para magistrados de tribunal y jueces.* Se otorga a esta clase de funcionarios para adelantar cursos de especialización hasta por dos años o cumplir actividades de asesoría al Estado o realizar investigaciones científicas o estudios relacionados con las funciones de la rama judicial hasta por seis meses. La otorga la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a instancia del respectivo superior jerárquico.

2.3. *Especial.* Se concede a los magistrados de los órganos judiciales más importantes, como son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, hasta por tres meses, para cumplir actividades de asesoría al Estado o realizar investigaciones científicas o estudios relacionados con las funciones de la rama judicial. La concede la sala plena de la corporación a la cual pertenezca el magistrado.

3. *Para desempeñar otro cargo en la rama judicial.* Se presenta cuando un funcionario vinculado en propiedad es designado para ocupar una vacante transitoria dentro de la misma rama judicial. Lo concede la sala de gobierno de la entidad a la cual pertenezca el magistrado o dependa el juez y es hasta por dos años.

c') Las *vacaciones* son colectivas y se extienden del veinte de diciembre al diez de enero e incluye Semana Santa, excepto para los magistrados de la Sala Administrativa de los Consejos Superiores y Seccionales de la Judicatu-

ra, los jueces especializados, de menores, promiscuos de familia, penales municipales y de ejecución de penas, que son individuales.

d') Participar en programas de capacitación y en procesos de selección para obtener promoción dentro del servicio.

e') Participar en programas de bienestar social y asociarse con fines de apoyo mutuo, de carácter cultural y asistencial, cooperativo y otros similares.

f') Ser trasladado, a su solicitud y previa evaluación, cuando por razones de salud o de seguridad, plenamente comprobadas, no sea posible continuar en el cargo.

g') La protección y seguridad de su integridad física y la de sus familiares.

B) *Las prestaciones sociales.* Al hacer dejación del cargo el funcionario judicial tiene los mismos derechos que la ley reconoce a los servidores del Estado en general, que se conocen como régimen prestacional y constituidos, principalmente, por la cesantía y pensión de jubilación.

## **12.** DEBERES

A) *Concepto.* Se entiende por deber la conducta que el Estado le impone al funcionario judicial para cumplir con la función jurisdiccional.

Se observa —como lo hicimos al analizar los poderes disciplinarios— que los deberes son para todos los jueces, de cualquier rama, pues, ante el silencio de los respectivos códigos, se aplica el de procedimiento civil, por su carácter supletorio.

B) *Clasificación.* Los deberes, de acuerdo con lo establecido por nuestra ley, pueden clasificarse en dos grupos, a saber:

a) *Con referencia al ejercicio de la jurisdicción*, en donde radica la función del funcionario judicial, son los siguientes:

a') Pronunciarse sobre las peticiones de las partes, sean de fondo o de forma, según se trate de providencias interlocutorias o de trámite, respectivamente, referidas todas a la actuación básica o fundamental que es la sentencia y en donde aplica las normas generales al caso particular, sea mediante la simple elección, o la interpretación, o bien la creación del precepto sustantivo.

b') Motivar las providencias de fondo, tanto los llamados autos interlocutorios como las sentencias.

c') Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir su paralización y procurar la economía procesal.

d') Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso.

e') Guardar reserva sobre las decisiones que se dicten en los procesos.

f') Dictar las providencias dentro de los términos señalados al efecto y resolver los procesos en el orden en que hayan entrado al despacho, salvo prelación legal u otra causa justificada.

g') Fijar las audiencias y diligencias en su oportunidad legal.

h') Practicar las diligencias y audiencias en las fechas oportunamente señaladas.

i') Efectuar personalmente el reparto de los negocios.

j') Respetar y hacer respetar los procedimientos establecidos por la ley.

k') Declararse impedido para conocer del proceso cuando exista alguna de las circunstancias enunciadas por la ley que lo vinculen con las partes o sus apoderados.

l') Prevenir, remediar y sancionar los actos contrarios a la administración de justicia, a la lealtad, probidad y buena fe.

b) *Los que atañen a la vinculación del funcionario como tal en relación con el Estado*, que consagra el artículo 153 de la ley 270 de 1996, se concretan a los siguientes:

a') Respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, leyes y reglamentos.

b') Desempeñar con honorabilidad, solicitud, celeridad, eficiencia, moralidad, lealtad e imparcialidad las funciones de su cargo.

c') Obedecer y respetar a sus superiores, dar un tratamiento cortés a sus compañeros y a sus subordinados y compartir sus tareas con espíritu de solidaridad y unidad de propósito.

d') Observar permanentemente en sus relaciones con el público la consideración y cortesía debidas.

e') Realizar personalmente las tareas que les sean confiadas y responder del uso de la autoridad que les haya sido otorgada o de la ejecución de las órdenes que pueda impartir, sin que en ningún caso quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la que corresponda a sus subordinados.

f') Observar estrictamente el horario de trabajo así como los términos fijados para atender los distintos asuntos y diligencias.

g') Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que le han sido encomendadas, con la excepción del ejercicio de la docencia universitaria en materias jurídicas y la labor de investigación jurídica, así como la intervención en conferencias y congresos hasta por cinco horas semanales. Este tiempo hace relación al comprendido dentro del horario normal de trabajo, por cuanto, fuera de él, no puede existir limitación alguna.

h') Permanecer en el desempeño de sus funciones mientras no se haga cargo de ellas quien deba reemplazarlo, cualquiera que sea la causa que origine su desvinculación.

i') Atender regularmente las actividades de capacitación y perfeccionamiento y efectuar las prácticas y los trabajos que se les impongan.

j') Responder por la conservación de los documentos, útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda y administración y rendir oportunamente cuenta de su utilización y por la decorosa presentación del despacho.

k') Poner en conocimiento del superior los hechos que puedan perjudicar la administración y las iniciativas que se estimen útiles para el mejoramiento del servicio.

l') Antes de tomar posesión del cargo, cada dos años y al momento de retirarse del mismo, o cuando la autoridad competente se lo solicite o cada vez que su patrimonio y sus rentas varíen significativamente, declarar bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

m) Cuidar que su presentación personal corresponda al decoro que caracteriza el ejercicio de su elevada misión.

n) Residir en el lugar donde ejerce el cargo, o en otro cercano de fácil e inmediata comunicación. Para esto último se requiere autorización previa del Consejo Seccional respectivo.

## 13. Impedimentos y recusaciones

A) *Concepto.* Se denominan impedimentos y recusaciones aquellas circunstancias en que se encuentra el juez en relación con las partes o el asunto que es objeto de la decisión y que se considera pueden afectar la imparcialidad requerida para cumplir con su función e implican, por ello, que se le separe del conocimiento de determinado proceso.

El *impedimento* se presenta cuando el funcionario manifiesta espontáneamente la existencia de la causal y, como consecuencia, se separa del conocimiento del proceso. La *recusación* ocurre cuando la parte afectada la propone ante el silencio del funcionario en quien existe la causal.

Cuando prospera el impedimento o la recusación, el juez es reemplazado en el conocimiento específico del proceso en donde se presenta la causal por quien le siga en orden numérico, si se trata de juzgados, o alfabético y de acuerdo con la primera letra del apellido, cuando son órganos colegiados y ello es viable por el número de magistrados, pues, en caso contrario, se designa un conjuez.

En el supuesto que en la localidad no exista otro funcionario de la misma rama y categoría, le corresponde al superior jerárquico del que se declaró impedido o fue recusado designar uno *ad hoc* para que lo reemplace. El reempla-

zo, desde luego, es únicamente con respecto al proceso en donde se produce el impedimento o la recusación.

B) *Causales*. Las causales que estructuran el impedimento o la recusación se consagran de manera taxativa en los respectivos códigos, pero, de acuerdo con lo expuesto por MATTIROLO, pueden englobarse en cuatro, a saber: el interés, el parentesco, la amistad íntima y la enemistad manifiesta.

a) *Interés*. Se presenta no solo cuando el juez o su cónyuge o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad —que se puede denominar *directo*— tienen injerencia en los resultados o la decisión que se tome en determinado proceso, sino que también incluye el aspecto simplemente intelectual —por lo cual viene a ser *indirecto*—, como ocurre cuando el funcionario ha conceptuado sobre el asunto materia de la controversia.

Significa lo anterior que el interés intelectual, por sí solo, no constituye causal de impedimento, sino que requiere tener contenido patrimonial o moral, en la medida que produzca beneficio o evite perjuicio al juez o sus parientes, como ocurre en el ejemplo mencionado cuando decide el proceso y luego le corresponde revisar por vía de apelación su propia providencia. Así mismo, si tiene que pronunciarse sobre un punto materia de discusión en otro proceso en el cual el funcionario o uno de sus parientes es parte.

Se infiere de lo anterior que el solo "interés abstracto, que se deriva, dice el Consejo de Estado[2], de la posición filosófica o del criterio que se tenga frente a la aplicación de determinadas normas jurídicas no es en manera alguna causal de recusación.

"Naturalmente —sostiene la misma providencia— en el ejercicio de interpretar las normas legales para aplicarlas a los hechos y definir los derechos, el juzgador siempre tendrá un criterio y ese será, mientras no haya razones que lo lleven a un cambio, el que quiera hacer valer en casos que presenten iguales o similares características, sin que sea válido afirmar que tiene interés en las resultas de esos juicios.

"De ser ello así —concluye—, un juez solamente podría conocer de un caso, puesto que su imparcialidad se vería afectada en los otros similares que se le presentaran a su consideración".

b) *Parentesco*. Cuando una de las partes o su apoderado tiene respecto del juez una relación de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Se incluye al cónyuge, aunque no encuadra dentro del parentesco, en razón del vínculo afectivo especial que existe entre quienes se hallan unidos por el vínculo matrimonial.

c) *Amistad íntima*. Se concibe como la relación constante y reiterada que existe entre el juez y cualquiera de las partes o sus apoderados. Como la ley

[2] Auto, 4 abril 1995, exp. Q-024. Magistrada ponente: Dra. Clara Forero de Castro.

exige que la amistad sea íntima, se descarta el simple trato que no reviste esa calidad.

d) *Enemistad manifiesta.* Atañe a que entre el juez y una de las partes o sus apoderados medien circunstancias que entrañen animadversión y se exterioricen, inclusive, con amenazas de muerte. Se descarta, entonces, la simple antipatía que exista entre tales personas.

### 14. Responsabilidad

Los funcionarios judiciales responden por la conducta o por los actos realizados que se salgan del normal desempeño de sus funciones. Esa responsabilidad es de carácter *disciplinario*, *civil* y *penal*.

### 15. Régimen disciplinario

Comprende los hechos constitutivos de faltas, las sanciones que determinan, el proceso que al efecto se sigue y los funcionarios encargados de su conocimiento, que integran entre nosotros la denominada *jurisdicción disciplinaria*.

A) *Falta.* Se entiende por tal, la conducta del funcionario que la norma considera incompatible con el desempeño del cargo, y que constituye el objeto de la jurisdicción disciplinaria.

La ley 270 de 1996, estatutaria de la administración justicia, contempló en los artículos 150 a 154 las inhabilidades, incompatibilidades, derechos, deberes y prohibiciones propios de los funcionarios de la rama judicial, pero no quedaron incluidas las faltas disciplinarias, por cuanto la Corte Constitucional, al revisar su texto, declaró inexequible la norma que las contenía.

Con antelación a la ley estatutaria se expidió la 200 de 1995, Código Disciplinario Único, mediante la cual se establecieron las faltas, las sanciones, el procedimiento y las autoridades encargadas de tramitarlos, destinado, conforme lo dispuso su artículo 20, "a los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

La intención de la ley 200 de 1995, acorde con su denominación, fue la de unificar el régimen disciplinario de los empleados y trabajadores del Estado, pero, con excepción de los magistrados de las altas cortes, a los cuales se refirió expresamente el artículo 26, para los restantes funcionarios de la rama judicial nada dijo y, además, como estos no son *empleados o trabajadores del Estado*, tanto el Consejo de Estado como el Consejo Superior de la Judicatura consideraron que continuaban sujetos al régimen especial que para los integrantes de ella consagró el decreto 1888 de 1989.

El decreto 1888 de 1989, anterior a la Constitución Política de 1991, no era incompatible con esta, sino, por el contrario, exequible, como lo declarara

la propia Corte Suprema de Justicia (sent. 35, 14 marzo 1991), primero, y luego la Corte Constitucional respecto a los funcionarios y empleados, exceptuando —como lo dijimos— los magistrados de las altas cortes, por estar sometidos a regulación consagrada en la propia Carta Fundamental.

Dicho punto de vista fue sustentado y aplicado por el Consejo Superior de la Judicatura, hasta cuando la Corte Constitucional, en providencia (21 noviembre 1996, sent. SU-637 de 1996) proferida en el expediente T-101.154, con ponencia del magistrado Francisco Javier Santamaría Hincapié, sostuvo que el Código Disciplinario Único, que se expidió con fundamento en el artículo 124 de la Constitución Política, cobija a todos los servidores públicos, incluidos los de la rama judicial, por lo cual este estatuto derogó el decreto 1888 de 1989. En la actualidad, el anterior criterio se predica del Código Disciplinario Único, ley 734 de 2002, que reemplazó al antiguo contenido en la ley 200 de 1995.

Constituye falta disciplinaria —según lo establece el art. 23 de la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único— "la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento".

Aun cuando la ley 270 de 1996 contempló las conductas constitutivas de faltas en su artículo 116, la Corte Constitucional, en sentencia 37 de 1996, lo declaró inexequible, fundándose en que su regulación correspondía a una ley ordinaria y no estatutaria, por lo cual la conducta de los funcionarios y empleados de esa rama se rige por el Código Disciplinario Único, actualmente la mencionada ley 734 de 2002.

Conforme lo preceptuado por el artículo 42 del actual Código Disciplinario Único, las faltas se clasifican en gravísimas, graves y leves. Además, establece las causales que configuran la primera y el criterio aplicable en las restantes.

a) *Gravísimas.* En efecto, el artículo 48 le da esta calidad, excepto cuando la conducta es realizada por los magistrados de las altas cortes, en que constituyen causal de mala conducta, a las siguientes:

1. Realizar objetivamente una descripción tipica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

2. Obstaculizar en forma grave las investigaciones que realicen las autoridades administrativas, jurisdiccionales o de control, o no suministrar oportunamente a los miembros del Congreso de la República las informaciones y documentos necesarios para el ejercicio del control político.

3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga.

4. Omitir, retardar y obstaculizar la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos u omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función.

5. Realizar cualquiera de los actos mencionados a continuación con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social:

a) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

b) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

c) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, y

d) Traslado por la fuerza de miembros del grupo a otro.

6. Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno o varios de sus miembros.

7. Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario.

8. Someter a una o varias personas a privación de la libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley.

9. Infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.

10. Ocasionar, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia.

11. Ocasionar la muerte en forma deliberada, y en un mismo contexto de hechos, a varias personas que se encuentren en situación de indefensión, por causa de sus opiniones o actividades políticas, creencias religiosas, raza, sexo, color o idioma.

12. Fomentar o ejecutar actos tendientes a la formación o subsistencia de grupos armados al margen de la ley; o promoverlos, auspiciarlos, financiarlos, organizarlos, instruirlos, dirigirlos o colaborar con ellos.

13. Privar de la libertad a una o varias personas y condicionar la vida, la seguridad y la libertad de esta o estas a la satisfacción de cualquier tipo de exigencias.

14. Privar ilegalmente de la libertad a una persona.

15. Retardar injustificadamente la conducción de persona capturada, detenida o condenada, al lugar de destino, o no ponerla a órdenes de la autoridad competente, dentro del término legal.

16. Atentar, con cualquier propósito, contra la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación, u obtener información o recaudar prueba con desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales y legales.

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses.

18. Contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que desempeña el funcionario, violando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades señalados en las normas vigentes.

19. Amenazar, provocar o agredir gravemente a las autoridades legítimamente constituidas en ejercicio o con relación a las funciones.

20. Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley.

21. Autorizar o pagar gastos por fuera de los establecidos en el artículo 346 de la Constitución Política.

22. Asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible de apropiación o que afecten vigencias futuras, sin contar con las autorizaciones pertinentes.

23. Ordenar o efectuar el pago de obligaciones en exceso del saldo disponible en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC).

24. No incluir en el presupuesto las apropiaciones necesarias y suficientes, cuando exista la posibilidad, para cubrir el déficit fiscal, servir la deuda pública y atender debidamente el pago de sentencias, créditos judicialmente reconocidos, laudos arbitrales, conciliaciones y servicios públicos domiciliarios.

25. No adoptar las acciones establecidas en el estatuto orgánico del presupuesto, cuando las apropiaciones de gasto sean superiores al recaudo efectivo de los ingresos.

26. No llevar en debida forma los libros de registro de la ejecución presupuestal de ingresos y gastos, ni los de contabilidad financiera.

27. Efectuar inversión de recursos públicos en condiciones que no garanticen, necesariamente y en orden de precedencia, liquidez, seguridad y rentabilidad del mercado.

28. No efectuar oportuna e injustificadamente, salvo la existencia de acuerdos especiales de pago, los descuentos o no realizar puntualmente los pagos por concepto de aportes patronales o del servidor público para los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales del sistema integrado de seguridad social, o, respecto de las cesantías, no hacerlo en el plazo legal señalado y en el orden estricto en que se hubieren radicado las solicitudes. De igual forma, no presupuestar ni efectuar oportunamente el pago por concepto de aportes patronales correspondiente al 3% de las nóminas de los servidores públicos al ICBF.

29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incursa en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

32. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello.

33. Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley.

34. No exigir, el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

35. Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo.

36. No instaurarse en forma oportuna por parte del representante legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, ex funcionario o particular en ejercicio de funciones públicas cuya conducta haya generado conciliación o condena de responsabilidad contra el Estado.

37. Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.

38. Omitir o retardar injustificadamente el ejercicio de las funciones propias de su cargo, permitiendo que se origine un riesgo grave o un deterioro de la salud humana, el medio ambiente o los recursos naturales (se adicionó mediante corrección introducida por el decr. 224 de 2002).

39. Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y en la ley.

40. Utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista.

41. Ofrecer el servidor público, directa o indirectamente, la vinculación de recomendados a la administración o la adjudicación de contratos a favor de determinadas personas, con ocasión o por razón del trámite de un proyecto legislativo de interés para el Estado o solicitar a los congresistas, diputados o concejales tales prebendas aprovechando su intervención en dicho trámite.

42. Influir en otro servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita.

43. Causar daño a los equipos estatales de informática, alterar, falsificar, introducir, borrar, ocultar o desaparecer información en cualquiera de los sistemas de información oficial contenida en ellos o en los que se almacene o guarde la misma, o permitir el acceso a ella a personas no autorizadas.

44. Favorecer en forma deliberada el ingreso o salida de bienes del territorio nacional, sin el lleno de los requisitos exigidos por la legislación aduanera.

45. Ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a la que pertenece.

46. No declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto.

47. Violar la reserva de la investigación y de las demás actuaciones sometidas a la misma restricción.

48. Consumir, en el sitio de trabajo o en lugares públicos, sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica, asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes.

Cuando la conducta no fuere reiterada conforme a la modalidad señalada, será calificada como grave.

49. Las demás conductas que en la Constitución o en la ley hayan sido previstas con sanción de remoción o destitución, o como causales de mala conducta.

50. Ejecutar por razón o con ocasión del cargo, en provecho suyo o de terceros, actos, acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendentes a la evasión de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen aduanero o cambiario.

51. Adquirir directamente o por interpuesta persona, bienes que deban ser enajenados en razón de las funciones de su cargo, o hacer gestiones para que otros los adquieran.

52. No dar cumplimiento injustificadamente a la exigencia de adoptar el sistema nacional de contabilidad pública de acuerdo con las disposiciones emitidas por la Contaduría General de la Nación y no observar las políticas, principios y plazos que en materia de contabilidad pública se expidan con el fin de producir información confiable, oportuna y veraz.

53. Desacatar las órdenes e instrucciones contenidas en las directivas presidenciales, cuyo objeto sea la promoción de los derechos humanos y la aplicación del derecho internacional humanitario, el manejo del orden público o la congelación de nóminas oficiales, dentro de la órbita de su competencia.

54. No resolver la consulta sobre la suspensión provisional en los términos de ley.

55. El abandono injustificado del cargo, función o servicio.

56. Suministrar datos inexactos o documentación con contenidos que no correspondan a la realidad para conseguir posesión, ascenso o inclusión en carrera administrativa.

57. No enviar a la Procuraduría General de la Nación, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del fallo judicial, administrativo o fiscal, salvo disposición en contrario, la información que de acuerdo con la ley los servidores públicos están obligados a remitir, referida a las sanciones penales y disciplinarias impuestas, y a las causas de inhabilidad que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las declaraciones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía.

58. Omitir, alterar o suprimir la anotación en el registro de antecedentes, de las sanciones o causas de inhabilidad que, de acuerdo con la ley, las autoridades competentes informen a la Procuraduría General de la Nación, o hacer la anotación tardíamente.

59. Ejercer funciones propias del cargo público desempeñado, o cumplir otras en cargo diferente, a sabiendas de la existencia de decisión judicial o administrativa, de carácter cautelar o provisional, de suspensión en el ejercicio de las mismas.

60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.

61. Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo.

62. Incurrir injustificadamente en mora sistemática en la sustanciación y fallo de los negocios asignados. Se entiende por mora sistemática, el incumplimiento por parte de un servidor público de los términos fijados por ley o reglamento interno en la sustanciación de los negocios a él asignados, en una proporción que represente el 20 por ciento de su carga laboral.

63. No asegurar por su valor real los bienes del Estado ni hacer las apropiaciones presupuestales pertinentes.

Además de las faltas anteriores que resulten compatibles con su naturaleza, también serán faltas gravísimas para los funcionarios y empleados judiciales el incumplimiento de los deberes y la incursión en las prohibiciones contemplados en los artículos 153 numeral 21 y 154 numerales 8, 14,15,16 y 17 de la ley estatutaria de la administración de justicia.

El artículo 153 de la ley 270 de 1996 consagra los deberes de los funcionarios y empleados judiciales y el numeral 21 se refiere a "denegar de plano los pedidos maliciosos y rechazar los escritos y exposiciones que sean contrarios a la decencia o la respetabilidad de las personas, sin perjuicio de la respectiva sanción", que para quien incurra en tal conducta consagra el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 154 de la mencionada ley estatutaria establece las prohibiciones para los funcionarios y empleados de la rama judicial y los numerales 8, 14, 15, 16 y 17 se refieren, en su orden, en tomar interés directa o indirectamente en los remates o ventas en pública subasta de bienes que se hagan en cualquier despacho judicial; interesarse indebidamente, de cualquier modo que sea, en asuntos pendientes ante los demás despachos judiciales o emitir concepto sobre ellos; recibir cualquier tipo de remuneración de los interesados en un proceso por actividades relacionadas con el ejercicio de su cargo; aceptar de las partes o de sus apoderados o por cuenta de ellos, donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria en su favor o en favor de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos; y ejercer el comercio o la industria personalmente como gestor, asesor, empleado, funcionario o miembro o consejero de juntas, directorios o de cualquier organismo de entidad dedicada a actividad lucrativa.

También lo será la incursión en la prohibición de que da cuenta el numeral 3 del artículo 154 ibídem, cuando la mora supere el término de un año ca-

lendario o ante un concurso de infracciones en número superior a diez o haber sido sancionado disciplinariamente en tres ocasiones con anterioridad dentro de los cinco años anteriores.

También será falta gravísima la incursión en la prohibición de que da cuenta el numeral 10 del artículo 154 ibídem, cuando el compromiso por votar o escoger una determinada persona se realiza entre varios funcionarios o empleados a cambio del apoyo a otro u otros, de una decisión o de la obtención de un beneficio cualquiera.

b) *Graves y leves.* Las circunstancias que determinan la gravedad o levedad de la falta las enuncia el artículo 43 del actual Código Disciplinario Único, semejantes a las traídas por el artículo 23 del anterior, a saber:

a') El grado de culpabilidad.

b') El grado de perturbación del servicio.

c') La naturaleza esencial del servicio.

d') La jerarquía y el mando que el servidor público tenga.

e') La trascendencia social de la falta.

f') Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.

B) *Sanciones.* La sanción es la pena que se impone al funcionario a causa de una falta.

a) *Clases.* De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 44 de la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, las penas que corresponde aplicar, son las siguientes:

a') La amonestación escrita es un llamado de atención que se le hace por faltas leves culposas y se anota en la hoja de vida.

b') Multa es un sanción de carácter pecuniario no inferior al valor de diez, ni superior al de ciento ochenta y días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta y se impone para las graves culposas.

Para su efectividad, el artículo 173 del Código Disciplinario Único dispone que si el funcionario se encuentra vinculado a la rama, el descuento puede efectuarse proporcionalmente durante los doce meses siguientes a su imposición; empero, si se encuentra vinculado a otra entidad oficial, se oficia para que el cobro se efectúe por descuento; pero, si el funcionario está desvinculado, debe consignarla a órdenes de la entidad oficial en un plazo máximo de treinta días,

contados a partir de la ejecutoria de decisión, pues, de no hacerlo, se acude a la jurisdicción coactiva.

La mora en el pago de la multa causa los correspondientes intereses comerciales.

c') Suspensión es la separación en el ejercicio del cargo por un término no inferior a un mes ni superior a doce meses, que se impone para faltas graves culposas.

Cuando el disciplinado —de acuerdo con los términos del art. 46— haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, y no fuere posible ejecutar la sanción, se convierte el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo con el monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta.

d') La suspensión, junto con inhabilidad especial, que consiste en la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto del que originó la falta, por un término no inferior a treinta días ni superior a doce meses y se impone para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.

e') Destitución e inhabilidad general, para faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima, que implica las siguientes sanciones:

La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o la desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1 de la Constitución Política, o la terminación del contrato de trabajo (ley 734 de 2002, art. 45).

Se agrega a lo anterior la imposibilidad de ejercer función pública en cualquier cargo o función por el término señalado en el fallo, por un lapso no inferior a diez años ni superior a veinte; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado, la inhabilidad es permanente, y la exclusión del escalafón o carrera (ley 734, art. 46).

Para la graduación de las sanciones se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijan de acuerdo con estos criterios:

a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga.

b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función.

c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero.

d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos.

e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado.

f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso.

g) El grave daño social de la conducta.

h) La afectación a derechos fundamentales.

i) El conocimiento de la ilicitud.

j) Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal.

b) Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal.

c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal.

d) Si las sanciones son de multa, se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal.

e) Si las sanciones a imponer para cada una de las faltas, son la multa o la amonestación, se impondrán todas.

C) *Competencia.* La competencia para conocer de las faltas depende del cargo que el funcionario desempeñe en la rama judicial.

Si se trata de los magistrados de los altos tribunales, como lo son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, incluido el fiscal general de la nación, la investigación y acusación le corresponde a la Cámara de Representantes, y el Senado de la República debe decidir sobre la responsabilidad, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 174, 175 y 178 de la Constitución y el parágrafo 2º del artículo 112 de la ley 270 de 1996.

A los magistrados de los tribunales, sean superiores de distrito judicial, administrativos, consejos seccionales de la administración de justicia, incluido el vicefiscal y los fiscales delegados ante estos órganos y los que ejercen esa función en la Corte Suprema de Justicia, la competencia disciplinaria reside en el Consejo Superior de la Judicatura por conducto de su sala disciplinaria, en única instancia, con fundamento en lo estatuido por el artículo 256, numeral 3, de la Constitución y el artículo 112, numeral 3, de la ley 270 de 1996.

La competencia para conocer de la acción disciplinaria contra los jueces le corresponde a los consejos seccionales de la judicatura, por conducto de la sala disciplinaria en primera instancia y en segunda al Consejo Superior de

la Judicatura, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 113, numeral 2, de la ley 270 de 1996.

A los funcionarios de la rama judicial, excluidos los que gozan de privilegio, como son los integrantes de las altas cortes, también puede investigarlos y, por consiguiente, imponer las sanciones a que haya lugar, la Procuraduría General, la cual, además, tiene facultad prevalente respecto a los órganos integrantes de la jurisdicción disciplinaria, de acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional en la sentencia de noviembre 21 de 1996.

Los empleados de la rama judicial no están sujetos a una competencia especial, como acontece con los funcionarios encargados de administrar justicia, por lo que se les aplica la general contemplada por el Código Disciplinario Único, actualmente ley 734 de 2002, sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, conforme lo dispuesto en el artículo 115 de la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia.

En consecuencia, existen dos competencias: la *judicial*, mejor llamada jurisdiccional, atribuida a la llamada *disciplinaria*, integrada por el Consejo Superior de la Judicatura y los tribunales seccionales, extensiva a la Cámara de Representantes y el Senado de la República, cuando el afectado es un funcionario de las altas cortes, y la *administrativa*, que le corresponde al superior jerárquico con poder prevalente y a prevención con la Procuraduría General de la Nación.

D) *Procedimiento*. Para los funcionarios de las altas cortes, sometidos —como lo indicamos— al Congreso de la República, el trámite es el regulado de manera especial por el "Reglamento del Congreso", contenido en la ley 5ª de 1992, que tiene el carácter de orgánica, con observancia de lo dispuesto por los artículos 181 a 183 de la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, que regula el punto, con la observación de que la Corte Constitucional declaró inexequible la parte que autorizaba a la comisión de investigación y acusación de la Cámara de Representantes para aceptar la cesación de procedimiento y el pronunciamiento sobre admisión de la acusación, por ser actos propios de la Cámara en pleno.

Para los restantes funcionarios de la rama judicial, como son los magistrados de tribunal y jueces en general, el procedimiento, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 214 de la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, a seguir es el verbal que regula este mismo ordenamiento.

En tratándose de empleados judiciales, están sujetos también y con mayor razón, por la calidad que tienen, al procedimiento regulado por la ley 734 de 2002, pero como este es de carácter administrativo, que lo adelanta y decide el superior jerárquico, sin detrimento del poder prevalente de la Procuraduría, la decisión en uno y otro caso tiene el carácter de acto administrativo y, por ende, proceden contra él las acciones correspondientes ante el contencioso administrativo.

El procedimiento regulado por la ley 734 de 2002 tiene similitud con el penal, en cuanto a las fases que presenta, aunque algunas reciban calificativo diferente, lo que obedece a la naturaleza especial del proceso disciplinario y, en particular, el verbal que rige para los funcionarios judiciales. Los sujetos están constituidos por el funcionario a quien se le sindica la comisión de la falta y su defensor, y el ministerio público, sin que proceda la constitución en parte civil, que es objeto de proceso separado ante el contencioso, concretándose el quejoso a formular la correspondiente queja y ampliarla, si se le solicita, y a que se le notifique el auto de archivo definitivo y la sentencia absolutoria para que pueda impugnarlos.

No es clara la regulación que el Código Disciplinario Único en cuanto al proceso a seguir en relación con los funcionarios judiciales, por cuanto se refiere específicamente al especial verbal, como lo denomina, pero no es viable acogerlo en su totalidad —por estar previsto para situaciones que implican concentración, como acontece cuando el sujeto es sorprendido en el momento de la comisión de la conducta constitutiva de la falta—, sino con referencia a la actuación surtida en la fase que denominamos juzgamiento, observando las anteriores reglas generales del ordinario, además, porque exige el pliego de cargos, que solo tiene operancia en este.

a) *Indagación preliminar.* Se impone en caso de duda sobre la procedencia de la investigación y tiene por objeto verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria e identificar o individualizar al funcionario o empleado que haya intervenido en ella, para lo cual el investigador, en un plazo no mayor de seis meses, decreta y practica las pruebas pertinentes y escucha al funcionario o empleado en exposición espontánea.

La investigación preliminar no puede recaer sobre hechos diferentes de los que son objeto de la denuncia, queja o investigación oficiosa y los que sean conexos. Al vencimiento del término, si no se configuran los supuestos anotados, se ordena el archivo definitivo del expediente; en el supuesto contrario, se dispone abrir la investigación, con lo cual se inicia esta fase.

Según los términos del parágrafo 1º del artículo 150 del Código Disciplinario Único, cuando la queja formulada sea manifiestamente temeraria o se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes o de imposible ocurrencia o presentados de manera absolutamente inconcreta o difusa, el funcionario de plano se inhibe de iniciar la actuación.

La falsedad o temeridad en la queja determina que el investigador le imponga al quejoso, previa audiencia para escuchar sus descargos, una multa hasta de 180 salarios mínimos legales diarios vigentes, contra cuya sanción procede solo el recurso de apelación (ley 734 de 2002, art. 150, parág. 2º).

b) *Investigación disciplinaria.* Comienza —como lo observamos— con el auto que ordena abrirla y se profiere cuando en la indagación preliminar o,

si esta no se surte, de la queja o de la iniciación de oficio se establece la existencia de la conducta constitutiva de falta y el autor.

La investigación tiene por objeto verificar la existencia de la conducta y, si es constitutiva de falta disciplinaria, esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que las cometió, el perjuicio que con esa conducta se causó a la administración pública y la responsabilidad disciplinaria del investigado (ley 734 de 2002, art. 153).

El auto de apertura de investigación —de conformidad con lo estatuido por el art. 154 de la ley 734 de 2002— contiene una breve fundamentación sobre la identidad del posible autor o autores, la relación de pruebas cuya práctica ordena la orden de incorporar los antecedentes disciplinarios del investigado, una certificación de la entidad a la cual el servidor público esté o hubiere estado vinculado, una constancia sobre el sueldo devengado para la época de la realización de la conducta y su última dirección conocida, y la orden de informar esa decisión a la Procuraduría General de la Nación.

El término de la investigación es de seis meses, contados a partir de la decisión de apertura. Sin embargo, en las faltas descritas en el artículo 48 y a las que se refiere el artículo 156 de la ley 734 de 2002, de las cuales solo algunas, por su naturaleza, tienen operancia con relación a los funcionarios judiciales, la investigación disciplinaria tiene un plazo mayor, sin exceder de doce meses. Este término es susceptible de aumentarse hasta en una tercera parte, cuando en la misma actuación se investiguen varias faltas o a dos o más inculpados.

Durante la investigación y el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que adelante la investigación puede, mediante providencia motivada y siempre que se evidencien serios motivos que permitan establecer que la permanencia en el cargo del investigado interfiera en la investigación o continúe cometiendo la falta, ordenar que se le suspenda provisionalmente del cargo, sin lugar a remuneración, hasta por un término de tres meses, prorrogables hasta por otro tanto, una vez proferido el fallo de primera o única instancia.

La providencia que imponga la suspensión provisional es consultable, sin perjuicio de su inmediato cumplimiento, y la actuación se remite de inmediato al superior, previa comunicación de la decisión al afectado. Recibido el expediente, el superior dispone que permanezca en secretaría por tres días, para que el disciplinado pueda presentar su alegato y allegar las pruebas que lo sustenten. Vencido ese término, el *ad quem* dispone de los diez días siguientes para decidir.

La suspensión provisional debe ser revocada por el *a quo* o el *ad quem* cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida. Aun cuando la norma no indica a instancia a quién corresponde tomar la decisión, consideramos que no solo puede tomarse de oficio, sino, con mayor razón, el afectado está legitimado para solicitarla.

c) *Evaluación de la investigación disciplinaria.* Vencido el término de la investigación, dentro de los quince días siguientes, el funcionario investigador hace la evaluación mediante la formulación de cargos o el archivo definitivo del expediente.

Para formular cargos se requiere que la falta esté objetivamente demostrada y exista prueba que comprometa la responsabilidad del disciplinado.

Se ordena el archivo definitivo del proceso cuando se demuestre plenamente que la conducta no existió, que la conducta no es constitutiva de falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad o que la acción no podía iniciarse o proseguirse.

Cuando hay lugar a formular cargos, la providencia debe contener los pronunciamientos siguientes:

a') La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se realizó.

b') Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.

c') La identificación del autor o los autores.

d') La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de la comisión de la conducta.

e') El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.

f') La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta.

g') La forma de culpabilidad.

h') El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

El artículo 201 de la ley 734 de 2002, que regula lo relativo a la notificación del pliego de cargos, simplemente dispone que se notificará personalmente al investigado, "vencidos los términos previstos en esta ley", pero, si ello no fuere posible, se surte con el defensor de oficio que al efecto se le designe.

Aunque el precepto solo prevé el transcurso del término, consideramos que, en aras del debido proceso, lo indicado es aplicar —como lo indicamos anteriormente— lo preceptuado para el proceso ordinario, según el cual en su artículo 165 dispone que se librará comunicación al disciplinado y a su apoderado y la notificación personal se realiza con el que primero concurra. Si ninguno se hace presente dentro de los cinco días hábiles siguientes al envío de ella, se procede a designar defensor de oficio, cargo que pueden desempeñar los miembros de los consultorios jurídicos a que se refiere el artículo 1º de la ley 583 de 2000 o los defensores públicos.

d) *Juzgamiento*. La actuación principal la constituye la audiencia y la consiguiente decisión, por lo cual la denominamos de juzgamiento, aunque la ley no le dé este calificativo.

Entre la providencia que señala la audiencia y la realización de esta, el disciplinado puede manifestar sus descargos y solicitar las pruebas que estime pertinentes. En la audiencia se decretan y practican las pruebas solicitadas por los sujetos procesales y las que el magistrado ponente, a quien le corresponde adelantar la actuación, considere necesarias para establecer o aclarar los hechos.

Para la práctica de las pruebas, los magistrados de la sala jurisdiccional disciplinaria de los consejos seccionales pueden comisionar dentro de su sede a sus abogados asistentes y fuera de ella a funcionarios judiciales de igual o inferior categoría (ley 734 de 2002, art. 209).

Evacuadas las pruebas decretadas, las partes pueden hacer uso de la palabra, primero el ministerio público y luego el defensor o procesado, dejando, si lo consideran conveniente, un resumen escrito de su intervención.

Ciertamente la norma no expresa la posibilidad de intervenir oralmente en el curso de la audiencia, pero se infiere de los términos de ella, por cuanto preceptúa que los sujetos procesales pueden presentar resumen escrito de sus alegaciones, lo cual implica que estas las hayan formulado en aquella forma (ley 734 de 2002, art. 215).

En desarrollo de la audiencia se pueden utilizar medios técnicos y se levanta acta sucinta de lo ocurrido.

Realizada la audiencia, empieza el término de cinco días con que cuenta el magistrado ponente para registrar el proyecto de fallo y a continuación los ocho días de que dispone la sala para proferirlo.

La sentencia debe ser motivada y contener las consideraciones siguientes:

a') La identidad del investigado.

b') Un resumen de los hechos.

c') El análisis de las pruebas en que funda la decisión.

d') El análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas.

e') La fundamentacion de la calificación de la falta.

f') El análisis de la culpabilidad.

g') La exposición fundamentada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción y la decisión en la parte resolutiva.

La sentencia se notifica personalmente al procesado y su defensor dentro de los cinco días siguientes a la comunicación que en tal sentido se les libre, pero, si esto no fuere factible, por no comparecer dentro de este término, se surte por edicto.

Cuando la sentencia es proferida por el Tribunal Seccional de la Judicatura es susceptible del recurso de apelación y, en subsidio, el de consulta ante el Consejo Superior de la Judicatura, solo si es desfavorable al disciplinado.

e) *Segunda instancia.* La actuación se concreta a la decisión del recurso de apelación, que se tramita en la forma prevista para el ordinario, con la diferencia que los términos se reducen a la mitad, conforme lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 214 de la ley 734 de 2002.

Al respecto, el artículo 171 de la susodicha ley 734 de 2002, establece un término para decidir de cuarenta y cinco días, por cuanto se refiere a la Procuraduría, pero que ofrece dificultad en los tribunales, donde el proyecto lo elabora el ponente y la decisión la adopta la sala. Consideramos que, en primer lugar, como ese lapso se reduce a la mitad, que no da un número exacto, debe entenderse que es de 23 días, y, en segundo, que es común para registrar el proyecto y proferir la sentencia. Pero con antelación a esa oportunidad, si se considera necesario decretar pruebas de oficio, el término para proferir el fallo se amplía en otro tanto.

f) *Ejecución.* Ejecutoriada la sentencia sancionatoria, se comunica por la sala de primera o única instancia, según el caso, a la oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, a la presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y al nominador del funcionario sancionado.

Las multas y sanciones impuestas por quejas temerarias se imponen a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

## **16.** Responsabilidad penal

Es incuestionable que se presenta cuando el funcionario judicial incurra en delito de peculado, concusión, cohecho, negociaciones incompatibles con el ejercicio de sus funciones, prevaricato, abuso de confianza, ejercicio ilegal de la profesión, violación de reserva del sumario, abstenerse de comunicar los delitos perseguibles de oficio, utilizar en provecho propio o ajeno inventos o descubrimientos científicos que conozca en razón de sus funciones, abandono del cargo, etcétera.

## **17.** Responsabilidad civil

A) *Evolución normativa.* Hay lugar a responsabilidad civil cuando con las conductas previstas en la ley un funcionario jurisdiccional causa perjuicio patrimonial a las partes o terceros. Las causales que la estructuran, la competencia y el procedimiento para reclamarla han sufrido modificación, por cuanto el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, que la consagró, fue re-

emplazado por la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, proferida con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política.

En efecto, de conformidad con el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, la responsabilidad civil se reclamaba mediante un proceso ordinario que instauraba el afectado directamente contra el funcionario judicial dentro del año siguiente a la terminación de aquel en donde se produjera el hecho generador de ella y con fundamento en las tres causales taxativamente establecidas, consistentes en omitir o retardar injustificadamente una providencia, obrar con dolo, fraude o abuso de autoridad o con error inexcusable. Conocía de este proceso la Corte Suprema de Justicia, cuando se trataba de magistrados, y el tribunal superior, si era contra un juez.

Se discutió si la responsabilidad civil era exclusiva del funcionario judicial o si se extendía al Estado. Aunque la ley no hacía diferencia entre los funcionarios de dicha rama y los de las restantes, como la administrativa, sino que consagra la responsabilidad estatal por actos o hechos de sus servidores o personas vinculadas a él, la tendencia fue la de exonerarla, fundándose en la autoridad de cosa juzgada que reviste las decisiones jurisdiccionales.

Al respecto el Consejo de Estado se inclinó "por considerar que la administración de justicia, además de servicio público, constituye el ejercicio mismo de la potestad del Estado, cuya estabilidad en concreto se halla asegurada por el instituto de la cosa juzgada, que conlleva a la inmutabilidad de sus decisiones y hace imposible replantear jurisdiccionalmente la discusión de un litigio definido mediante sentencia ejecutoriada y en firme". Por esta razón, la tendencia en nuestro país "ha sido la de reconocer únicamente responsabilidad personal del juez, dentro de las taxativas hipótesis del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil"[3].

Ese planteamiento es discutible, por cuanto una cosa es el proceso en el cual se incurre en la conducta generadora de responsabilidad, cuya decisión es intocable, por estar cobijada con la calidad de juzgada, salvo las causales que fundan la revisión, y otra, bien diferente, la responsabilidad que se deriva de la equivocación judicial, que es un medio de enmendar o resarcir el perjuicio patrimonial ocasionado con ella.

Sin embargo, se reconoció la responsabilidad del Estado como consecuencia de actuaciones administrativas realizadas por el funcionario judicial o cuando este acude a vías de hecho o irregulares, que constituyen falla del servicio[4].

La actual Constitución Política en su artículo 90 estableció la responsabilidad patrimonial estatal "por los daños antijurídicos imputables, causados

[3] Consejo de Estado, sección tercera, sent., 15 mayo 1992, *Anales*, t. CXXVII, 2ª parte, pág. 428.

[4] Consejo de Estado, sent. 31 julio 1976, sección tercera, exp. 1808, sin publicar y sent. 16 diciembre 1987. Sala plena de lo contencioso administrativo, expediente R012, sin publicar.

por la acción u omisión de las autoridades públicas", sin hacer distingo alguno, con lo cual incluyó a la rama judicial. Además, en el inciso 2º del mismo precepto, consagró el derecho del Estado para repetir contra su agente, autor de la conducta dolosa o gravemente culposa que ocasione la condena al Estado.

Con fundamento en este precepto se abrió la responsabilidad del Estado por la conducta de sus servidores, concretamente de quienes desempeñen la función jurisdiccional, correspondiéndole al contencioso administrativo dilucidarla y quedándole al Estado el derecho de obtener el reintegro mediante llamamiento en garantía al servidor suyo que dio origen a ella con fundamento en lo dispuesto por los artículos 217 del Código Contencioso Administrativo y 57 y 58 del Código de Procedimiento Civil[5].

Con antelación a la expedición de la ley estatutaria es incuestionable que estuvo vigente el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la nueva Constitución no hizo prohibición alguna y, por el contrario, mantuvo las funciones atribuidas por ley a la Corte Suprema de Justicia, entre las cuales estaba la responsabilidad de los magistrados (C. P., art. 235, num. 7 y C. de P. C., art. 25, num. 6). Además, por la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado y los propios ordenamientos positivos que han reconocido la responsabilidad conjunta del funcionario y el Estado.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en 1962, que si "el daño se produce por hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado con ocasión del reembolso a favor de aquella"[6].

El Consejo de Estado, mediante sentencia de 22 de marzo de 1974, aceptó "que en el caso controvertido se presentaba una responsabilidad conjunta, vale decir, responsabilidad de la administración y responsabilidad de su agente. En tales circunstancias, el actor podía demandar a aquella o a su agente. Optó por demandar a la administración, la cual, se dice nuevamente, es responsable por una *falla de servicio*, lo cual no quiere decir que esta no pueda repetir contra su agente por la cantidad a que fuere condenada"[7].

"A nivel de ley —sostiene LIBARDO RODRÍGUEZ, quien hace un completo resumen sobre el punto, que nos ha servido de fuente— el Código Contencioso Administrativo ha otorgado categoría legal a estas soluciones. En efecto, el artículo 77 del decreto-ley 1 de 1984 consagra que los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la admi-

[5] Consejo de Estado, sección tercera, exp. 8660. Magistrado ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, auto, 27 agosto 1993, Revista *Jurisprudencia y Doctrina*, Bogotá, Legis, t. XXII, núm. 262, págs. 978 a 981.

[6] Sent., 30 junio 1962, "G. J.", t. XCIX, págs. 88 y ss.

[7] Sent. 22 de marzo 1974, exp. 1335, sin publicar.

nistración. A su vez el artículo 78 consagra la acumulación de responsabilidades al manifestar que los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a la entidad, al funcionario o a ambos. Además prevé que si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que la entidad pague los perjuicios, pero, en este caso, esta deberá repetir contra el funcionario la parte que le correspondiere a este último"[8].

Como la transcripción se refiere a los servidores administrativos, por lo atinente a los funcionarios judiciales no era dable formular en un mismo proceso demanda contra el Estado y el juez, por estarle atribuido el proceso tendente a obtener la declaración y consecuente responsabilidad a distintas ramas de la jurisdicción, porque en relación con el primero le correspondía al contencioso administrativo, mientras al segundo a la civil y, concretamente, por el factor subjetivo, a la Corte Suprema de Justicia o los tribunales superiores.

El panorama cambió, no por obra de la Constitución Política —como lo expusimos— sino de la ley 270 de 1996 —estatutaria de la administración de justicia—, la cual, entre otros aspectos, y así lo expresa la parte considerativa, regula lo concerniente a la responsabilidad de los encargados de ejercerla. Además, es una reglamentación del artículo 124 de la Constitución Política, según el cual "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

Consecuencia de lo anterior es que los artículos 65 a 74 de la susodicha ley estatutaria, que regulan la responsabilidad estatal por la conducta de los funcionarios judiciales, vinieron a subrogar o dejar sin efectos el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, como lo sostuvo la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la demanda de inexequibilidad formulada contra este precepto y en la cual, precisamente por esa razón, se abstuvo de decidir sobre el fondo. De otra parte, con antelación a ese pronunciamiento, la misma corporación había declarado la exequibilidad de los mencionados artículos 65 a 74[9].

La Corte Constitucional en la aludida providencia, sostuvo: "basta una lectura del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, aquí impugnado, para verificar que, si bien tiene el mismo objeto de las disposiciones estatutarias transcritas —la consagración de una acción en cabeza de los particulares y de un procedimiento apto para deducir las responsabilidades del juez por los perjuicios que les causen en ejercicio de su función—, establece causales que son subsumidas en aquellas y consagra reglas divergentes de las ahora estipuladas y la competencia directa del juez civil, todo lo cual ha sufrido mutación, en cuanto obedece actualmente a un conjunto normativo unificado por la ley

[8] LIBARDO RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo*, 8ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1995, págs. 393 y 394.

[9] Sent. C-037 del 5 febrero 1996. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

estatutaria. Todo lo anterior permite concluir que la norma objeto de proceso no puede subsistir junto con la regulación plasmada en la ley estatutaria, ya que las reglas procesales a las que daba lugar han sido sustituidas". Finaliza sosteniendo que, "por tanto, a juicio de la Corte, el artículo en mención no hace parte ya del sistema jurídico, reemplazado como lo ha sido, según lo expuesto"[10].

Con respecto a las situaciones generadas con antelación a la entrada en vigencia de la ley estatutaria, es claro que se impone aplicar el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, porque la ley estatutaria solo tiene efectos para el futuro y a partir del 16 de marzo de 1996, fecha de su promulgación. Este criterio es sustentado por la Corte Suprema de Justicia al expresar que "si el régimen civil precedente consagraba una responsabilidad civil personal y directa del funcionario judicial, indicativa, entonces, de un derecho civil personal del particular a reclamar una indemnización por los motivos legales antes mencionados, no puede menos que concluirse que su regulación queda sujeta, de acuerdo con el principio de irretroactividad de las leyes, recogido en este momento por el artículo 58 de la Constitución Política, a la regla también general en virtud de la cual la ley aplicable en materia de responsabilidad civil es la ley vigente del hecho que le da origen al referido derecho"[11].

B) *Causales.* La ley, como consecuencia de la falla de la rama judicial, establece —como lo expresamos— a favor de la persona afectada la responsabilidad del Estado, pero este, por su parte, puede obtener el reintegro de la cantidad que sea condenado a pagar. Las causales de una y otra no son iguales, aunque participen en muchos aspectos, por cuanto la del Estado es mayor que la del funcionario, porque la de aquel es objetiva, mientras que la de este es subjetiva.

a) *Del Estado.* De acuerdo con la ley estatutaria, se reconocen las siguientes causales como constitutivas de responsabilidad del Estado en razón de la actividad jurisdiccional, a saber:

a') *El error.* La actual legislación simplemente consagra el error, que concibe en su artículo 66 como "el cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley".

El error, según los términos del artículo 71, es "la violación de normas de derecho sustancial o procesal", esto es, por abstenerse de aplicar, actuar la que no corresponde o darle una interpretación torcitera a un precepto legal. La disposición califica el error de *inexcusable,* esto es —como dice la Corte Su-

[10] Sent. C-244A, 30 mayo 1996. Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo, publicada en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. xxv, Santa Fe de Bogotá, Legis, sept. 1996, num. 297, págs. 1113 y 1114.

[11] Sent. de 12 septiembre 1996. Magistrado ponente: Dr. Pedro Lafont Pianetta, publicada en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. xxv, nov. 1996, Santa Fe de Bogotá, Legis, pág. 1298.

prema de Justicia[12]—, que "quien lo padece no pueda ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo". Aunque esta calidad se refiere a la responsabilidad del funcionario, es incuestionable que también obra con relación a la del Estado, pues una simple equivocación, discutible en muchas ocasiones, por la amplitud de interpretación de oscuras disposiciones legales, no puede configurar la causal.

Además, de acuerdo con el texto legal, para que se configure el error como causal, es necesario que recaiga en una providencia judicial, proferida en un proceso, y que se encuentre en firme, después que la parte afectada agote los recursos procedentes contra ella tendentes a subsanarlo.

Sin embargo, la Corte Constitucional al efectuar la revisión previa de constitucionalidad de la ley 270 de 1996 y, concretamente, del artículo 66, consideró que las altas cortes son los órganos límites o máximos dentro de su respectiva rama y "la característica más importante es que en sus providencias, a través de las cuales se resuelve en última instancia el asunto bajo examen, se unifica la jurisprudencia y se definen los criterios jurídicos aplicables frente a casos similares".

Por las anteriores razones, la Corte Constitucional juzgó "que la inexequibilidad del presente artículo debe condicionarse a que no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la rama judicial la responsabilidad del Estado a propósito del error jurisdiccional, pues ello equivaldría a reconocer que por encima de los órganos límite se encuentran otros órganos superiores, con lo cual, se insiste, se comprometería en forma grave uno de los pilares esenciales del Estado de derecho, cual es la seguridad jurídica"[13].

La mencionada interpretación de la Corte Constitucional es de carácter obligatorio, por estar revestidos sus pronunciamientos de cosa juzgada, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 243 de la Constitución Política, pero pasó por alto lo falible de la naturaleza humana y que los altos órganos de la rama judicial no siempre sientan jurisprudencia, por cuanto, en unas actuaciones, como acontece con la Corte Suprema de Justicia cuando casa una providencia, actúa como juzgador de instancia para resolver la litis, y, en otros, como ocurre con el Consejo de Estado, es juez de segunda instancia de los asuntos que en primera conocen los tribunales.

Sin embargo, el Consejo de Estado —que ha liderado la evolución del derecho— consideró que el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en error inexcusable como constitutivo de una vía de hecho que vulneró un derecho constitucional fundamental al sancionar a un abogado por omisiones en el ejercicio del mandato, cuando ya no ejercía el poder, y declaró, en consecuen-

[12] Sent., 26 octubre 1972, "G. J.", t. CXLIII, págs. 229 y ss.

[13] Publicada en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXV, núm. 292, abril de 1996, Santa Fe de Bogotá, Legis, pág. 429.

cia, la responsabilidad del Estado, condenándolo a resarcir los perjuicios ocasionados.

Al efecto sostuvo que el inciso 1º del artículo 90 de la Carta dispone que "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las *autoridades públicas*" (la bastardilla es del original), calidad que, según la propia Corte Constitucional, ostentan los magistrados de las altas corporaciones de justicia "en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado" (sent. T-501, 21 agosto 1992) y, por tanto, los daños antijurídicos que ocasionen no están excluidos de la fuente constitucional de responsabilidad estatal prevista en esta norma".

Repárese —continúa— en la argumentación que la Corte ofrece "en cuanto a propósito de la defensa de la acción de tutela admite que se puedan revisar las providencias proferidas por cualesquier autoridad judicial siempre que se advierta la existencia de una vía de hecho, lo cual puede hacerse según la Corte: 1. Porque se trata de una facultad de origen constitucional. 2. Porque no implica la resolución de fondo del conflicto jurídico, y 3. Porque no se enmarca dentro del análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado".

Concluye refiriéndose a la exequibilidad condicionada de la Corte Constitucional que debe entenderse "desde la misma perspectiva que ha manejado esa corporación respecto de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales cuando la autoridad pública investida de la potestad de administrar justicia ha incurrido en vía de hecho; es decir, que solo excepcionalmente será admisible la responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial cometido por las altas corporaciones de justicia y demás tribunales y juzgados en los eventos en que éste sea absolutamente evidente y no se requiera realizar ninguna labor hermenéutica para hallarlo configurado"[14].

b') *Privación injusta de la libertad.* El artículo 68 de la ley estatutaria establece como causal el hecho de ser privado injustamente de la libertad.

Dicha norma reprodujo el precepto constitucional contenido en el artículo 90, que ya había sido reglamentado por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991) al fundar la acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando fuera exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible[15].

[14] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, sent., 4 septiembre 1997. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, exp. 10.285, publicada en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXVI, núm. 311, nov. de 1997, Santa Fe de Bogotá, Legis, págs. 1610 a 1620.

[15] Consejo de Estado, sent., 30 junio 1994, magistrado ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, exp. 9734.

Se infiere de lo expuesto que son presupuestos para la procedencia de esta causal: que una persona sea privada de la libertad, que en el proceso en el cual se aplique esa medida de seguridad y, por sentencia definitiva o preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, se declare la inexistencia del hecho, que el sindicado no lo cometió o que la conducta no es punible.

c') *Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.* Lo consagra el artículo 69 de la ley estatutaria y dispone que, fuera de las dos causales citadas, "quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional, tiene derecho a obtener la consiguiente reparación".

Al hablar de defectuoso funcionamiento se refiere a todas las actuaciones u omisiones del funcionario jurisdiccional, distintas del error judicial, que atañe a las providencias, cuando unas u otras se apartan del ordenamiento positivo. Abarca una gama muy amplia, por cuanto no atañe a una determinada actuación u omisión, sino a cualquiera, siempre, desde luego, que implique desviación del curso legal. Entre ellas se cuenta, así se refiera a la responsabilidad del funcionario, el incumplimiento de los términos, que consagraba el derogado artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

La distinción entre el error judicial y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia —ha dicho la doctrina española, citada por el Consejo de Estado— radica en que el primero "se predica de las actuaciones en las cuales se interpreta y aplica el derecho", en tanto que el segundo "se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para realizar el juzgamiento o la ejecución de las decisiones judiciales".

b) *Del funcionario judicial.* Si bien es el Estado el que responde ante el afectado con las actuaciones jurisdiccionales por las causales anotadas, la ley estatutaria consagra en favor de aquel el derecho de repetir contra el funcionario causante de los hechos generadores de la responsabilidad.

La repetición tiene por objeto que el funcionario le reintegre al Estado la cantidad a la que se le ha condenado como consecuencia de la falla de la jurisdicción, y, aunque debía obrar siempre que se produjera condena al Estado por fallas en la jurisdicción, como es lo indicado, la supeditó a la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, que presume en las causales mencionados en el artículo 71 de la ley estatutaria, a saber:

a') *Por la violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.* Comprende toda una gama de actuaciones u omisiones, pues no la circunscribe a determinada situación, sino que solo requiere la violación, entendida en la forma anotada, tanto de preceptos sustanciales como procesales, cuando obedezca a error inexcusable.

b') El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación. Se configura cuando se priva a una persona de

la libertad, sin que medie disposición que lo permita o, aunque esta exista, el pronunciamiento que la ordena carece de la debida motivación, es decir, no es razonado ni fundado.

c') La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

C) *Competencia y procedimiento.* Presenta ciertas características según que la acción se dirija contra el Estado o de este frente al funcionario para obtener el reintegro.

a) *Contra el Estado.* La acción a seguir por el afectado contra el Estado es la de *reparación directa*, consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, que se contrae a la declaratoria de responsabilidad y la consecuente condena a pagar el monto de los perjuicios, cuyo conocimiento se le atribuye a los órganos que integran esa rama de la justicia, tribunales administrativos y Consejo de Estado, mediante el proceso ordinario que regula ese mismo ordenamiento positivo.

b) *Contra el funcionario.* Dijimos que contra el funcionario judicial que da lugar a los hechos que sirven de base para deducir la responsabilidad, el Estado tiene la *acción de repetición*, para lo cual dispone de dos caminos, que podemos denominar directo e indirecto.

a') El *indirecto* se presenta cuando el Estado demandado llama en garantía al funcionario, lo cual implica que en el mismo proceso se dilucida la responsabilidad contra aquel y, en el supuesto que prospere y, además se configure la correspondiente causal, imponer la condena con fundamento en la repetición.

b') La *directa* se produce mediante proceso separado contra el funcionario que ocasiona los hechos constitutivos de la responsabilidad, se instaura una vez culminado con sentencia condenatoria el adelantado contra el Estado y se surte también ante la jurisdicción contencioso administrativa, mediante el proceso ordinario. Parte del supuesto —se repite— no solo de la sentencia que condene al Estado, sino que se configure la causal de responsabilidad en relación con el funcionario.

D) *Legitimación.* La legitimación para reclamar la responsabilidad varía según se dirija contra el Estado o de este contra el funcionario, por cuanto se trata de situaciones diferentes, concretamente cuando una y otra se ventilan en proceso separado.

a) *En la responsabilidad del Estado.* La legitimación por activa radica en las personas afectadas con la conducta del funcionario y que efectivamente han recibido el perjuicio. Al hablar de personas, se quiere decir que es factible el litisconsorcio, que es de carácter voluntario, por cuanto la indemnización es

individual. Además, no es necesario que tengan la calidad de partes en la actuación donde se produce el hecho generador de la responsabilidad, por cuanto es factible que solo intervengan en una gestión determinada, como ocurre con el secuestro, cuando con la medida se afectan bienes de terceros y no se atiende la oposición. La pasiva radica en el director ejecutivo de la Administración Judicial, a tenor de lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 99 de la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia.

b) *En la responsabilidad del funcionario.* Está legitimado por activa el Estado, representado por la entidad condenada a pagar el perjuicio indemnizatorio, y por pasiva el funcionario cuya conducta ocasionó la responsabilidad estatal. Como pasiva radica no solo en quien está vinculado o forma parte de la rama judicial, sino por otros funcionarios (administrativos) o simplemente por particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan actividad jurisdiccional (árbitros), pues ellos expresamente los incluye el artículo 74 de la ley estatutaria.

E) *Presupuestos.* Son variables, según se refieran a la responsabilidad del Estado o del funcionario.

a) *De la responsabilidad del Estado.* Como toda acción de reparación directa, en lo cual, además, hace énfasis la ley estatutaria, para la prosperidad de la responsabilidad del Estado es necesario no solo que se configure la causal, en la forma antes expuesta, sino que con los hechos constitutivos de ella se cause un perjuicio, que tenga significación económica, cualquiera que sea la causa.

En síntesis, al interesado le corresponde demostrar para que prospere su pretensión la existencia de los hechos constitutivos de la responsabilidad, el perjuicio sufrido y su monto, así como la relación de causalidad entre los dos. Si falta cualquiera de esos supuestos, la decisión es adversa al demandante. El Estado, por su parte, puede exonerarse demostrando que el daño fue causado de manera exclusiva por la víctima, lo cual se presume cuando esta actúa con culpa grave o dolo, o no interpone los recursos contra la providencia en la cual se incurrió en el error inexcusable.

b) *De la responsabilidad del funcionario.* Los presupuestos para que obre esta responsabilidad se encuentran constituidos, en primer lugar, por la sentencia que declara la del Estado y lo condena a pagar los perjuicios; en segundo, por la prueba del pago efectuado con fundamento en dicha condena, pues solo a partir de él se abre la posibilidad de instaurarla, y, en tercero, que el funcionario obre con dolo o culpa grave, la cual se presume con la demostración de los hechos que configuran las correspondientes causales.

F) *Caducidad.* Al dejar la ley estatutaria sin efecto el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil y, de consiguiente, el término de caducidad de un año que consagraba, y, además, guardar silencio al respecto, se impone aplicar la regla prevista para la acción de reparación directa, que es —según diji-

mos— la indicada, de dos años, que se cuentan a partir del hecho o de la ejecutoria de la providencia, según el caso, por requerirse, si se trata de este tipo de actos, que se interpongan los correspondientes recursos, conforme lo preceptuado por el inciso 4º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 23 del decreto-ley 2304 de 1989, en concordancia con el artículo 70 de la ley 270 de 1996.

## **18.** Suspensión de funciones

La suspensión del funcionario judicial se presenta cuando deja de ejercer sus funciones temporalmente. Tiene lugar en los siguientes casos:

A) En la *suspensión* impuesta como consecuencia de una sanción disciplinaria o por orden de autoridad judicial, como acontece cuando contra el funcionario se adelante investigación penal y dentro de ella se le dicta medida de aseguramiento.

El funcionario suspendido provisionalmente en un proceso penal o disciplinario que sea reintegrado, tiene derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante ese lapso, cuando la actuación termine con cesación de procedimiento o preclusión de la instrucción o sea absuelto o exonerado.

B) *Por licencia.*

C) *Por vacaciones.*

D) *Por comisión.*

E) *Por prestar servicio militar.* El funcionario llamado a cumplir con este deber tiene que comunicarlo al funcionario u órgano nominador para que autorice la separación del cargo y le designe el correspondiente reemplazo por vía de encargo o provisionalidad, por todo el tiempo que dure la conscripción.

F) *Por incapacidad ocasionada por enfermedad o maternidad.* En este supuesto el funcionario separado del cargo tiene derecho a percibir la remuneración.

## **19.** Incompatibilidades

El Estado en general exige que la función pública, cualquiera que ella sea, se desempeñe con dedicación exclusiva y, por tanto, ella es incompatible con otro tipo de actividad.

Las incompatibilidades se contraen, principalmente, a la actividad política, el ejercicio de la profesión de abogado y de cualquier otro cargo o labor, como el comercio, la milicia, el sacerdocio, etc. La única actividad permitida, aunque con limitaciones, es la docente, que se concreta a la cátedra, hasta por

cinco horas a la semana, mas no al desempeño de cargos administrativos de esa índole, como decanaturas, etc.

## **20.** MANERA DE TOMAR LAS DECISIONES

Este aspecto es de interés solo cuando se trate de órganos colegiados, porque en los singulares es el titular quien exclusivamente profiere todas las providencias.

En dichos órganos le corresponde al magistrado a quien se le haya repartido el negocio —que recibe el nombre de *ponente*— proferir todas las providencias tendentes a iniciarlo y darle curso hasta ponerlo en estado de sentencia y elaborar el proyecto de fallo para someterlo a consideración de la sala a la cual le compete adoptarlo.

En dichos órganos colegiados para deliberar y decidir se requiere la asistencia o presencia de la mayoría de los integrantes de la corporación o de la sala, según el caso. Como el artículo 54 de la ley 270 de 1996 habla de mayoría, sin agregarle calificativo alguno, se entiende que es simple, es decir, la mitad más uno de los integrantes.

Para que los integrantes de la sala o corporación asistan a las reuniones, la ley les impone ese deber, cuya violación es causal de mala conducta. Puede exonerarse de asistir si media causa legal de impedimento aceptada por la corporación, enfermedad o calamidad doméstica plenamente comprobadas u otra causa que imponga separación temporal del cargo.

Cuando el número de magistrados excluidos del conocimiento de un asunto jurisdiccional por separación del cargo, impedimento o recusación disminuya la pluralidad necesaria para decidir, esto es, la mitad más uno, se procede a completarla mediante la designación de conjueces. Esto significa que si la sala se integra por siete magistrados, solo hay lugar a nombrar conjueces si el número de excluidos es de cuatro, por cuanto los tres restantes no hacen quórum. *A contrario sensu*, si los separados son tres, los cuatro que continúan pueden deliberar y aprobar.

Si el proyecto de fallo o sentencia presentado por el ponente no reúne la mayoría necesaria, se elabora uno nuevo, de acuerdo con el criterio de la mayoría. Quienes discrepen de la decisión tomada o, aunque la compartan, no estén de acuerdo con los puntos de vista que le sirven de soporte, deben suscribir la providencia, pero les queda el derecho de salvar el voto.

El *salvamento de voto* consiste en un escrito que presenta el funcionario judicial en que expresa las razones de su inconformidad con la decisión tomada en la sentencia. Se inserta a continuación de la providencia, siempre que se presente dentro del término señalado en el reglamento de la respectiva corporación.

Las corporaciones y las salas por cuyo conducto actúen, se reúnen en la forma y en las ocasiones establecidas en el correspondiente reglamento y de ellas se deja constancia mediante un acta, de acceso público, salvo que se trate de actuaciones de carácter disciplinario, limitada entonces a quienes tienen la calidad de partes en la respectiva actuación. Las decisiones jurisdiccionales llevan la fecha del acta correspondiente a la reunión en donde se adopta.

## **21.** TERMINACIÓN DE LA FUNCIÓN

El funcionario judicial cesa en sus funciones —como la califica la ley 270 de 1996— o se le termina la jurisdicción, como también suele denominarse, cuando se separa definitivamente del cargo.

Conforme a la regulación legal, cabe distinguir o agrupar en dos las causales que determinan la cesación de funciones, a saber: generales y especiales.

A) *Generales.* Obran sin consideración a la manera como desempeñe el cargo, y son las siguientes:

a) La *renuncia aceptada.* Los cargos de la rama judicial no son de forzoso desempeño, por lo cual, quien lo desempeña, está en libertad de retirarse cuando lo estime conveniente.

b) La *insubsistencia declarada* por configurarse cualquiera de las causas que impiden tomar posesión del cargo, incluidas las inhabilidades que sobrevengan en el desempeño del mismo, según lo dispuesto por la ley 270 de 1996, artículo 159.

c) La *supresión del cargo.* Se presenta cuando en virtud de una reforma de carácter legal se suprimen algunos despachos judiciales.

d) El *abandono del cargo*, declarado por no reintegrarse al vencimiento de la separación temporal o por dejarlo antes de concedérsele la autorización o de asumirlo el reemplazo, o simplemente por abandonarlo. Aunque la ley 270 de 1996 no lo menciona, por tratarse de norma constitucional, se incluye el hecho de aceptar cargo o merced de gobierno extranjero.

La ley 270 (art. 149, num. 7), lo califica —conforme lo mencionamos— de abandono de cargo, pero, de acuerdo con la relación que en general vincula al funcionario con el Estado, corresponde a lo que se conoce como *vacancia.*

También, por encajar en la vacancia, cuando se ejerce otro cargo público, salvo que sea en la misma rama, pues entonces se pierde la jurisdicción respecto al que se desempeñaba, pero se readquiere por el ejercicio del nuevo.

Así mismo, por no tener un rendimiento satisfactorio en el desempeño del cargo, de acuerdo con la evaluación a que se someten los funcionarios de la rama judicial.

e) La *destitución*, que se impone como sanción disciplinaria.

f) La *edad de retiro forzoso*, actualmente fijada en 65 años.

Cuando se presenta esta causal, el afectado la pone en conocimiento del órgano al cual le incumbe proveer el cargo, pero si el afectado guarda silencio, el agente del ministerio público puede solicitar a dicho órgano la vacante o, incluso, este declararla de oficio.

Sin embargo, se concede al funcionario judicial que ha cumplido esa edad un término de seis meses, contado a partir de la fecha en que se presenta la causal, para que adelante las gestiones necesarias tendientes a obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación, de tal manera que haya continuidad entre la salida del cargo y el disfrute de ella.

g) *Retiro con derecho a pensión de jubilación.* Aunque esta causal queda involucrada dentro de la renuncia, por cuanto es la que realmente produce la separación del funcionario judicial del cargo que desempeña, la ley 270 de 1996, artículo 149, numeral 4, la consagra como independiente, con referencia a la causa que la determina.

h) *Revocatoria del nombramiento.* La ley estatutaria de la administración de justicia no menciona las causas que determinan la revocatoria del nombramiento, pero, de acuerdo con esta calificación y la regulación general, se entiende que obra cuando la persona designada no acepta o no obtiene la confirmación.

i) *Invalidez absoluta declarada por autoridad competente.* De acuerdo con la ley 270 de 1996, artículo 150, parágrafo único, entre las causales determinantes de insubsistencia está la existencia de inhabilidades, sea que existan antes de entrar a ejercerlo o sobrevengan en el desempeño del cargo.

B) *Especiales.* Obran según la calidad con que el funcionario esté vinculado a la rama. Con relación a los magistrados de los tribunales más importantes, como Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura y Consejo de Estado, *por vencimiento del período*, fijado en ocho años. Cuando el cargo se desempeña en provisionalidad o por encargo cesa por la designación del reemplazo.

Además, por lo que atañe a quienes están adscritos a la carrera, es causa de retiro de esta y, consiguientemente del cargo, *no tener evaluación satisfactoria de servicios*. Estas evaluaciones se llevan a cabo anualmente, si se trata de jueces, y cada dos, cuando son magistrados; las hacen los superiores del respectivo funcionario y sirven para la definitiva que le corresponde adoptar al Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, respectivamente.

En todas las causales, excepto la muerte del funcionario, que no mencionamos por obvias razones, es necesario que la providencia que las declare esté en firme. Además, salvo la ya mencionada de muerte del funcionario y la de supresión del cargo, solo obran una vez que el respectivo reemplazo se posesiona.

## 22. Conjueces

Son conjueces las personas designadas para reemplazar al titular de un órgano judicial colegiado (Corte, Consejo de Estado y tribunales), cuando son separados del conocimiento de determinado proceso en razón de impedimento o recusación o para dirimir el empate que se presenta al decidir el asunto materia de la controversia (sentencia).

Hay lugar a designar conjuez en la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y, en general, en los órganos colegiados, cuando el titular es separado del conocimiento de un proceso y la decisión tiene que tomarla la totalidad de sus integrantes. En los tribunales, como el fallo corresponde dictarlo únicamente a algunos de los magistrados que integran la corporación, la vacante se llena con el magistrado que le sigue en orden alfabético y que forme parte de la misma sala especializada. Solo en ausencia de otros magistrados o en la hipótesis de que los restantes se declaren impedidos o sean recusados, se impone la designación de conjuez.

Para ser conjuez es necesario cumplir con los mismos requisitos establecidos por la ley para desempeñar el cargo en propiedad y, además, no ser miembro de corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumplan funciones públicas.

En diciembre de cada año las corporaciones judiciales integran las listas de los conjueces en número doble al de los magistrados que las componen. De dichas listas, mediante sorteo público verificado en la secretaría del respectivo órgano, se escoge el conjuez o conjueces necesarios, previa providencia que así lo disponga, proferida dentro del proceso donde va a actuar, comunicándole al designado o designados el nombramiento para que tomen posesión del cargo dentro de los cinco días siguientes, so pena de ser reemplazados. Tanto del sorteo realizado como de la posesión se deja la respectiva constancia en el expediente, mediante acta suscrita por todos los que intervienen en el acto.

El conjuez, luego de haberse posesionado, queda investido de jurisdicción y competencia únicamente para conocer del proceso para el cual fue nombrado. En consecuencia, está sujeto a los mismos impedimentos y recusaciones que proceden contra los jueces, pero solo en relación con el proceso que se le atribuye, y puede continuar atendiendo otros asuntos profesionales, si se trata, como es lo usual, de abogado en ejercicio.

Los conjueces en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, una vez designados, toman posesión del cargo ante el presidente de la sala o sección respectiva y cuando sean sorteados basta la comunicación para que asuman su función, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 99, que le introdujo al código de la materia el artículo 34 de la ley 446 de 1998.

La actuación del conjuez y, por ende, la jurisdicción y competencia de que se encuentra investido termina una vez cumple o realiza la gestión para la cual se le nombró, que, generalmente, es la de proferir la sentencia o atender el recurso.

El conjuez tiene derecho a una remuneración por su gestión y así lo establece la ley estatutaria de la administración de justicia en su artículo 61, pero aun no se han fijado las correspondientes tarifas.

## 23. Empleados

Se denomina empleados a las personas vinculadas a la rama judicial y cuya misión se contrae a colaborar con el juez en el ejercicio de sus funciones. Los empleados no están investidos de jurisdicción, puesto que esta es exclusiva del funcionario o juez, pero sí realizan determinadas actuaciones que la llevan implícita, como son las notificaciones, que realiza el secretario u otro empleado que al efecto este faculte.

Los empleados judiciales son varios y de diferentes categorías, pero los principales son el secretario y el oficial mayor o sustanciador.

A) *El secretario.* Le sigue en importancia al juez. Cada órgano judicial y cada sala especializada (civil, penal, laboral, etc.) tiene su propio secretario. La sala plena de los órganos judiciales de mayor categoría (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, etc.) tiene su propio secretario y en los restantes colegiados (tribunales) actúa como tal el de la sala civil. Cumple las siguientes funciones:

a) *Suscribir los despachos y oficios que se libren en el respectivo órgano.*

b) *Efectuar las citaciones, notificaciones, emplazamientos y demás actuaciones semejantes,* de acuerdo con las formalidades establecidas por los respectivos códigos de procedimiento.

c) *Controlar la duración y vencimiento de los términos* y, en virtud de ello, pasar en su oportunidad, los expedientes al despacho del funcionario para que este profiera la providencia a que haya lugar.

d) *Dar los informes que la ley ordene o que el funcionario judicial solicite.* Esta función implica que al pasar el expediente al despacho se indique si el término se encuentra vencido, si el recurso fuere interpuesto en su oportunidad, etcétera.

e) *Mostrar los expedientes a las personas autorizadas para examinarlos.* En materia penal al expediente solo tienen acceso durante la etapa instructiva quienes tienen la calidad de partes reconocidas, sus apoderados, los auxiliares de la justicia que intervengan con esta calidad, como sucede con los peritos, y los funcionarios públicos en razón de su cargo, como son los representantes del ministerio público. En la etapa del juicio y en los procesos civiles, extensivo a los restantes que siguen su orientación, obra el mismo principio que rige la instructiva del penal, pero con mayor amplitud, por no estar amparado con la reserva consagrada para este por el artículo 331 del Código de Procedimiento

Penal, comprendiendo a los abogados inscritos y, si actúan como apoderados, a sus dependientes, y a las personas autorizadas por el juez con fines de docencia e investigación, conforme lo establecido por el artículo 127 del Código de Procedimiento Civil.

f) *Custodiar y mantener en orden el archivo de la secretaría.* Este aspecto consiste en una distribución organizada y ordenada de los expedientes, teniendo en cuenta la clase de proceso y el orden alfabético o numérico, según se crea más conveniente. Así mismo, llevar en forma adecuada y al día los diferentes libros que suelen tenerse en los juzgados, como son el radicador y los copiadores.

B) El *oficial mayor*, que sigue en orden jerárquico al secretario, reemplaza a este en sus ausencias transitorias, y su función primordial es la de elaborar los proyectos de providencias para someterlos a la consideración del juez.

Los empleados están sujetos al mismo régimen de los funcionarios judiciales en cuanto a derechos, incompatibilidades, faltas y sanciones.

## Capítulo IV

# ATRIBUCIONES DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES: TEORÍA DE LA COMPETENCIA

### 1. Concepto

El vocablo competencia proviene del latín *competere*, 'atribuir', 'incumbir', 'corresponder'. En su acepción corriente se concibe como algo que le está atribuido a alguien.

Desde el punto de vista jurídico, por competencia se entiende —según el acertado y unánime reconocimiento hecho al concepto de Mattirolo[1]— la medida en que se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales.

Una acepción más amplia y que resalta todos los distintivos que presenta el fenómeno, es la que traía el Código de Procedimiento Civil derogado en su artículo 143, al decir que "es la facultad de un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República".

El anterior concepto resalta, en primer lugar, el origen legal de la competencia, y, en segundo, que ella constituye el ejercicio de la jurisdicción, la cual, por su parte, es la manifestación de la soberanía del Estado atribuida a uno de sus órganos y con la específica finalidad de administrar justicia.

### 2. Jurisdicción y competencia

La competencia, como se infiere de lo antes expuesto, implica necesariamente la jurisdicción, pero los dos fenómenos son diferentes. En efecto, Mattirolo[2], igualmente con criterio aceptado de manera general, concreta tales diferencias a los siguientes aspectos:

A) La jurisdicción emana de la ley y ninguno puede ejercerla si esta no le ha sido conferida, mientras que la competencia puede proceder de la sola voluntad de las partes, lo que ocurre en el supuesto de la prórroga.

[1] Luis Mattirolo, *Tratado de derecho judicial civil*, t. i, Madrid, Edit. Reus, 1930, pág. 3.

[2] *Ibidem*, t. i, págs. 9 y 55.

B) La jurisdicción comprende toda clase de asuntos, mientras que la competencia queda circunscrita a los designados por la ley o acordados por las partes.

C) No es aceptable un juez sin jurisdicción, al paso que sí los hay sin competencia para ciertos negocios.

D) La jurisdicción es potestad en abstracto; en cambio, la competencia versa sobre casos concretos.

E) La competencia para conocer de un proceso lleva envuelta la jurisdicción, pero quien ejerce esta última no está capacitado para conocer indistintamente de todos los procesos.

### 3. Fundamento

La doctrina no se ha preocupado por establecer el fundamento o razón de ser de la competencia, quizá por considerar que ese aspecto surge del mismo fenómeno. Estimamos que reside en lo siguiente:

A) *En cuanto a la rama judicial* en sí misma considerada, consiste en "propender la distribución equitativa de los procesos entre los distintos órganos del mismo nivel o categoría" y hacer eficaz la jerarquización de acuerdo con la importancia de los asuntos.

B) *Respecto a las partes*, concretamente "con relación al demandado, a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa en mejores condiciones y sin tener que desplazarse a otros lugares", lo que implica pérdida de tiempo y mayor erogación.

En observancia de este criterio se consagra, como regla general, en el ámbito civil y en los ordenamientos que siguen su orientación, según lo analizaremos posteriormente, que al demandado se le demande en su domicilio o, a falta de él, en el lugar de su residencia.

En materia penal la competencia se atribuye al juez del sitio en donde haya ocurrido el delito, porque allí es más fácil y menos costosa la práctica de las pruebas, etc.

### 4. Características

Conforme al criterio de Clemente A. Díaz[3], las características de la competencia pueden reducirse a cuatro, a saber:

A) *Improrrogabilidad.* Se refiere a que solo el funcionario judicial competente puede adelantar el proceso. Esta regla tiene sus excepciones, enumera-

[3] Clemente A. Díaz, *Instituciones de derecho procesal*, t. ii, vol. B, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1972, págs. 538 y ss.

das taxativamente en los correspondientes códigos, que se conocen como *prórroga de la competencia*. Así, v. gr., de acuerdo con la regla general, el juez competente es el del domicilio del demandado, pero si se le demanda en lugar diferente y no invoca esa circunstancia, mediante lo que se denomina en doctrina impedimento procesal y en nuestro ordenamiento positivo excepción previa, a fin de separar a ese funcionario del conocimiento del proceso, este queda investido de competencia y, por tanto, puede válidamente seguir tramitándolo y fallarlo.

B) *Indelegabilidad*. Significa que el funcionario judicial competente para conocer de un proceso no puede facultar a otro para que lo tramite y falle. La única excepción que existe es la comisión, limitada a determinada actuación y que se justifica por las razones que expondremos en su momento, al tratar de ese fenómeno.

C) *Orden público*. Este distintivo obedece a que el derecho procesal, según lo que expusimos al tratar su naturaleza jurídica, es de orden público, calidad que es ostensible en relación con las normas que regulan la competencia, por cuanto esta es el ejercicio de la jurisdicción, la que, igualmente como lo anotamos en su oportunidad, cumple una de las funciones del Estado y de interés general para la colectividad, como es la administración de justicia.

D) *Aplicación de oficio*. Las disposiciones sobre competencia, en razón de su calidad de orden público, son de forzoso cumplimiento. A tal efecto la misma ley dispone que el juez debe verificar su competencia al abocar el conocimiento del proceso, correspondiéndole rechazar la demanda cuando carece de ella. Las partes, además, disponen de varias oportunidades para proponer la falta de competencia, entre las cuales se cuenta la que se le otorga al demandado durante el traslado de la demanda y mediante lo que en doctrina se llama impedimento procesal y en nuestra legislación excepción previa.

La incompetencia determina la nulidad de la actuación y así lo consagran los respectivos códigos de manera expresa, pero esta, salvo la funcional, es saneable y solo puede invocarse cuando el afectado no tuvo oportunidad de invocarla como impedimento procesal o excepción previa, como se le llama en nuestro estatuto procesal civil.

## 5. Factores determinantes

Los factores determinantes de competencia son las circunstancias que la ley establece para atribuir el conocimiento de un proceso a determinado funcionario judicial.

Los factores son el objetivo, el subjetivo, el funcional, el territorial y de conexión.

A) *Factor objetivo.* El factor objetivo toma en consideración dos aspectos, a saber:

a) *La naturaleza de la relación jurídica material contenida en la pretensión*, que se conoce como *competencia por razón de la materia*. Así, v. gr., con base en este aspecto se les atribuye a los jueces civiles del circuito, entre otros, el de pertenencia de bienes urbanos, mientras que los municipales conocen los verbales que enuncia el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil.

b) *El valor del bien u objeto sobre el cual recae la relación jurídica cuyo reconocimiento se solicita en la demanda.* Decimos reconocimiento, porque la *cuantía* —como se denomina a este aspecto— la determina precisamente el demandante en su demanda, a cuyo efecto destina un acápite especial de ella, según lo dispuesto por nuestros ordenamientos procesales. Obra, v. gr., en el civil, en donde los jueces municipales conocen de los asuntos de mínima y menor cuantía, mientras que a los de circuito les corresponde conocer de los de mayor cuantía.

Los valores que determinan una y otra los establecen los respectivos códigos de procedimiento, pero el decreto 522 de 1988, aplicable al civil, en aras de la permanente pérdida del poder adquisitivo del dinero, como consecuencia del proceso inflacionario, estableció, cada dos años, a partir del 1º de enero de 1990, un incremento del 40 por ciento, que se aplica sobre la cantidad vigente en ese momento. En la actualidad se toma como referencia el salario mínimo, de conformidad con lo dispuesto por la ley 572 de 2000, que sustituyó al mencionado decreto.

B) *Factor subjetivo.* El factor subjetivo determina la competencia de acuerdo con la calidad o condición de las personas que intervengan como partes en el proceso, sea como demandante, demandado o tercero interviniente. Se aplica en el civil, por ejemplo, en los asuntos en que interviene como parte un agente diplomático acreditado ante el gobierno nacional que le corresponden a la Corte Suprema de Justicia, por conducto de la sala de casación civil y agraria. En el penal se presenta, v. gr., cuando quien comete el delito es un senador, que le corresponde juzgarlo a la Corte Suprema de Justicia por conducto de su sala penal.

C) *Factor territorial.* El factor territorial se relaciona con el espacio en el cual un funcionario judicial ejerce sus funciones. Por ejemplo, el juez civil municipal de Cali ejerce sus funciones dentro del respectivo municipio, y el civil del circuito de Bogotá tiene un ámbito territorial mayor, pues no solo le corresponde el Distrito Capital, sino algunos municipios cercanos.

El factor territorial, como explica CARNELUTTI[4], se refiere a la distribución horizontal de la competencia, porque sirve para determinar a cuál de los va-

[4] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, Uteha, 1944, núm. 232, pág. 290.

rios juzgados de la misma rama y categoría existentes en el territorio nacional le corresponde conocer de un determinado proceso.

Para establecer el factor territorial se acude al *fuero*, que es el lugar donde corresponde demandar o juzgar a una persona, según se trate de civil y las ramas que siguen sus lineamientos o de penal. El fuero, según las circunstancias que se tomen en consideración, se clasifica en personal o general, real, contractual y algunos especiales.

a) *El fuero personal* —llamado también *general*, por aplicarse a falta de uno especial— se establece en consideración a la persona y toma como referencia el lugar donde ella se encuentre.

En los procesos contenciosos la regla es que la competencia la tiene el juez del domicilio del demandado; en ausencia de este, el de la localidad donde resida y, a falta de ambos, en el lugar de tránsito. Si el asunto es de competencia de los jueces nacionales y el demandado no ha estado nunca en Colombia, se le demanda en el domicilio del demandante.

El fuero personal, de acuerdo con el domicilio, asume dos modalidades: exclusivo y concurrente.

a') Es *exclusivo* cuando la competencia para conocer de un determinado proceso radica en el juez de una sola localidad, por ser allí donde el demandado tiene su domicilio. Se demanda en Bogotá a una persona que tiene en esta ciudad su domicilio, por residir allí con su familia y tener sus negocios u ocupación habitual, que son los dos elementos que lo configuran.

b') Es *concurrente* cuando la competencia para un determinado proceso radica en varios lugares por tener en todos ellos el demandado o demandados su domicilio. Ocurre en dos situaciones, a saber:

1. Cuando el demandado es uno solo y tiene varios domicilios, como sucede si su familia y residencia están en Bogotá, pero sus negocios en Barranquilla.

2. Cuando son varios los demandados y el domicilio de cada uno está en diferente lugar. Acontece cuando se va a demandar a dos deudores con domicilios en Barranquilla y en Santa Marta.

Se denomina fuero concurrente por cuanto el demandante puede presentar su demanda en cualquiera de los diferentes domicilios, porque el juez de todos ellos es competente, aunque el primero que aboque el conocimiento del proceso previene o inhibe a los restantes. Así, v. gr., si hay dos demandados, domiciliados el uno en Bogotá y el otro en Cali, el demandante puede presentar su demanda en cualquiera de esos dos lugares, pero una vez formulada ante el de Cali y notificado el demandado, ya no puede hacerlo en Bogotá, porque este ha perdido la facultad de abocarlo.

b) El *fuero real* se determina por el lugar en donde se hallen ubicados los bienes sobre los cuales versa o recae la relación jurídica sustancial contenida en

la demanda. Este fuero tiene otra modalidad, cual es la de tomar el lugar en que ocurrieron los hechos que estructuran la relación formulada en la pretensión.

El fuero real, al igual que el personal, puede ser exclusivo o concurrente.

a') Es *exclusivo* cuando solo puede demandarse en el lugar donde se encuentra el bien u ocurrieron los hechos. Acontece en el proceso de pertenencia, servidumbres, posesorios, etc., en materia civil; en el penal, donde ocurrieron los hechos.

b') Es *concurrente,* a elección del demandante, si el proceso puede instaurarse ante el juez del lugar donde estén los bienes o en el domicilio del demandado. Ocurre, por ejemplo, en la responsabilidad civil extracontractual, en que la competencia reside tanto en el domicilio del demandado como en el lugar en que sucedieron los hechos.

c) El *fuero contractual* se presenta cuando la competencia se determina por el lugar que indiquen las partes en el documento contentivo del contrato o por el sitio en donde se verifica el cumplimiento de la obligación.

El fuero contractual se clasifica en expreso o *forum contractus* y tácito o *forum destinatae solutiones.*

a') El *forum contractus o expreso* atribuye la competencia al juez del lugar que las partes al efecto determinen y hagan constar en el documento contentivo del contrato o acto jurídico que celebren.

b') *El forum destinatae solutiones o tácito* otorga la competencia para conocer del proceso ejecutivo al juez del sitio en donde se cumple la obligación. Obra, por ejemplo, en los contratos de compraventa, en los cuales siempre se indica el lugar en donde se verifica el pago.

D) *Factor funcional.* El factor funcional se basa en la distribución vertical de los órganos judiciales y sirve para determinar a quién le corresponde conocer del recurso de apelación y revisión. Se establece de manera indirecta, ya que, conocido el funcionario competente para tramitar el proceso en primera instancia, se sabe que la segunda le corresponde a su superior jerárquico. Así, por ejemplo, si el asunto es competencia del juez civil municipal de Usaquén, a quien le corresponde conocer de la apelación es el del circuito de Bogotá, que es su superior jerárquico para ese efecto.

E) *Factor de conexión.* El factor de conexión se funda en que varias pretensiones, que tienen elementos comunes y corresponden a diversos funcionarios, puedan acumularse y tramitarse en un mismo proceso, cuya competencia reside en el juez que está facultado para conocer de la de mayor categoría o valor.

Se denomina de conexión porque este es el aspecto que permite vincular varias pretensiones en un mismo proceso y se funda en la comunidad de algunos elementos que las integran. Esa comunidad se refiere a los sujetos que como

partes controvierten las pretensiones, a la clase de procesos mediante los cuales se ventilan, a los hechos que las estructuran, etcétera.

Acontece en el civil, por ejemplo, cuando entre un mismo acreedor y deudor existan dos obligaciones, una por valor de cincuenta mil pesos y otra por cincuenta millones de pesos. La de cincuenta mil le corresponde al juez municipal, mientras que la de cincuenta millones es de conocimiento del juez del circuito. Como las partes son idénticas y el proceso a seguir para su recaudo es un ejecutivo, que son las circunstancias en donde radica la conexión, las dos obligaciones pueden acumularse y proponerse en una misma demanda, cuyo conocimiento le corresponde al del circuito, quien tiene competencia para la de mayor valor.

En el penal la conexidad actúa en el concurso de delitos, en que cada uno tiene su propia individualidad y es independiente, pero se ligan por los hechos que los estructuran o tipifican. Así, por ejemplo, se presenta cuando una persona comete un homicidio para perpetrar un robo. El juez competente para el homicidio es el del circuito, mientras que para el robo, según la cuantía, puede serlo el municipal. En virtud de la conexión conoce de los dos delitos y en el mismo proceso el juez de circuito, que es el de mayor jerarquía.

## 6. Clasificación

La competencia se clasifica en preventiva, privativa, prorrogable o relativa, improrrogable o absoluta, legal, delegada, interna y externa.

A) *Privativa* cuando reside exclusivamente en un funcionario, en quien se conjugan los factores que la determinan.

Acontece, por ejemplo, en el proceso de expropiación, para el cual obra el factor objetivo, que lo atribuye al juez de circuito, y el territorial, con base en el fuero real exclusivo, o sea, el del lugar donde se encuentra el bien. Entonces, si se trata de expropiar un inmueble ubicado en Girardot, el único juez competente es el de circuito de ese lugar.

B) *Preventiva* cuando, conforme a los factores que determinan la competencia, existen dos o más jueces en quienes ella reside y que, por lo tanto, están facultados para conocer del proceso, pero el primero que lo aboque previene o inhibe a los otros.

Acontece cuando se va a instaurar proceso de divorcio, que corresponde, por el factor objetivo, al juez de familia, y por el territorial, al del domicilio conyugal, si lo ha conservado el demandante, o en el del demandado. Entonces, si los cónyuges están domiciliados en Bogotá y uno de ellos abandona el hogar y fija su residencia en Cali y quien lo conserva va a demandar el divorcio, puede hacerlo, a su elección, en cualquiera de esas dos ciudades.

Pero no es el solo acto de la presentación de la demanda el que inhibe o previene a los otros jueces en quienes también reside la competencia, sino que se

requiere que la relación jurídico procesal esté integrada mediante la notificación al demandado del auto admisorio.

Entonces, si con posterioridad a esa situación se presenta el mismo proceso ante otro juez, en este puede el demandado invocar la excepción de pleito pendiente, con lo cual evita que siga su curso y que se presenten dos procesos sobre idéntico asunto, con la posibilidad de que se produzcan decisiones encontradas.

C) *Absoluta o improrrogable* cuando el proceso solo puede ser tramitado por el juez investido de ella conforme a los factores determinantes, sea que estos obren de manera privativa o preventiva. En consecuencia, a las partes les está vedado, aun con la aquiescencia del juez, tramitar el proceso ante un funcionario distinto, so pena de que quede afectado de la nulidad que impone la ley.

D) *Relativa o prorrogable* cuando puede conocer del proceso un funcionario judicial distinto de aquel a quien le incumbe según los factores determinantes, por permitirlo la norma y acordarlo tácitamente las partes en virtud de la conducta que asumen, que se traduce en el acto de presentar la demanda y que el demandado no proponga la incompetencia como impedimento procesal.

Acontece en el divorcio antes citado, cuando en lugar de instaurar el proceso en Cali o en Bogotá, que es donde están los jueces competentes para conocerlo, se presentara ante el de otro lugar, v. gr., Zipaquirá, y el demandado compareciera y no invocara la falta de competencia. Entonces, la presentación de la demanda, su admisión y el no proponer el demandado la incompetencia, son las circunstancias que le otorgan al juez la facultad de tramitar y decidir el proceso.

E) *Externa* —de acuerdo con la concepción de CARNELUTTI[5]— cuando se establece con base en los factores que la determinan y conforme a lo que al respecto la ley ha dispuesto.

F) *Interna*, por oposición a la anterior, cuando se refiere a la distribución de los procesos entre los distintos órganos judiciales de la misma rama y jerarquía que existen en una localidad, y siempre que a ellos les esté atribuido el conocimiento según los factores determinantes.

Ocurre cuando, conforme a dichos factores, el proceso sea de competencia del juez civil del circuito de Bogotá, en donde existen varios de esta misma rama y categoría. Entonces, la competencia interna es eficaz para establecer a cuál de esos jueces en particular le corresponde el proceso. Se aplica mediante lo que se denomina *reparto*. Este se verifica a lo menos una vez a la semana por un juzgado o la oficina administrativa encargada de esa función y se toma en consideración la clase de asunto. Se adjudica de acuerdo con el orden numérico de los juzgados o conforme al alfabético y con base en la primera letra del apellido del magistrado, si se trata de órganos colegiados.

[5] FRANCESCO CARNELUTTI, *op. cit.*, t. II, núm. 231, págs. 55 y 228.

El reparto sirve para distribuir equitativamente el trabajo entre los despachos de la misma categoría, pero su omisión, aunque puede configurar falta de tipo disciplinario, carece de consecuencias desde el punto de vista procesal, porque el proceso no queda afectado de nulidad.

G) *Legal* es la misma externa, porque toma como referencia los factores determinantes. Se le denomina legal, en razón de que es la norma positiva la que señala o establece los factores y por oposición a la delegada, de la cual nos ocuparemos adelante.

H) *Delegada.* Se presenta cuando un juez faculta a otro para que realice determinado acto procesal en un proceso que él conoce. Se denomina delegada porque el juez a quien se le otorga la facultad de realizar determinado acto, si bien está investido de jurisdicción, carece de competencia, que adquiere precisamente con base en dicha facultad.

Esta modalidad de la competencia se verifica mediante lo que nuestro ordenamiento procesal llama *comisión*. Quien la otorga es el *comitente*, y el que la recibe, *comisionado*. Ocurre, v. gr., cuando un juez de circuito de Bogotá, que conoce de un proceso de restitución de la tenencia, comisiona a un municipal de la misma localidad para que practique la correspondiente diligencia.

## 7. Adquisición

La competencia se adquiere en virtud del acto propuesto por la parte mediante el cual da comienzo al proceso, cuando se trata de ordenamientos regidos por el sistema dispositivo, o la providencia que el funcionario profiere de oficio ordenando la iniciación del proceso, si se refiere a los regulados por el sistema inquisitivo. Los primeros requieren, además, que sean aceptados, esto es, que el funcionario ordene darles curso. En unos y otros no es necesario que el demandado o acusado, según el caso, se vincule mediante la actuación que al efecto corresponde surtir, porque esta formalidad solo es esencial para integrar la relación jurídico procesal, pero no la competencia.

Frente a la anterior, que puede denominarse *original*, por referirse a la iniciación del proceso, existe otra, que podría llamarse *derivada*, por presentarse en el curso del mismo y ocurrir cuando se cambia el órgano judicial que venía conociéndolo, lo cual configura una de las modalidades que ofrece la derogatoria de competencia, fenómeno este que analizaremos posteriormente.

## 8. Inmodificabilidad

La inmodificabilidad de la competencia consiste en que esta se determina de acuerdo con la situación o estado que presenten los factores que al efecto se tienen en cuenta en el momento de presentar la demanda y sin consideración a las modificaciones posteriores que registren durante el curso del proceso.

Empleamos el calificativo de inmodificabilidad de la competencia, adoptado por la doctrina alemana, que nos parece más adecuado que el de *perpetua jurisdicción*, utilizado por la italiana y acogido por la totalidad de nuestros doctrinantes, por cuanto no es a esta institución a la que se refiere el fenómeno.

Se presenta, por ejemplo, en el civil cuando el asunto litigioso en el momento de instaurar la demanda tiene un valor de cuatro millones de pesos, supuesto en el cual su conocimiento le corresponde, de acuerdo con el factor cuantía, al juez municipal, sin que este pierda la competencia por el hecho de que esa cantidad, como consecuencia de los intereses causados en el curso del proceso, exceda el monto del límite asignado en razón de ese factor. Tampoco se altera la competencia cuando tiene como fundamento el domicilio del demandado y este lo cambia en el curso del proceso.

Existe una modificación a la competencia, que no configura excepción al principio que consideramos, cuando se alteren los factores determinantes en virtud de una disposición legal. Ocurriría, por ejemplo, si el conocimiento de los delitos cometidos por los senadores, actualmente atribuido a la Corte Suprema de Justicia, en virtud de una ley se los atribuyeran a los jueces de circuito, pues entonces, como las normas que regulan la competencia son de aplicación inmediata, aquella corporación tendría que enviar esos procesos a estos funcionarios para que continuaran tramitándolos.

## 9. Usurpación

Hay usurpación de competencia cuando un funcionario judicial realiza actuaciones que, si bien son propias de la jurisdicción, no está facultado para ejecutarlas por ser incompetente.

La usurpación se presenta en dos casos:

A) *Cuando un juez comisiona o otro de la misma rama para cierta actuación y el comisionado se excede o extralimita en ella.* Acontece, v. gr., cuando un juez civil de circuito comisione a uno municipal para la práctica de un secuestro y este, además, avalúe el bien.

B) *Cuando el juez aboca el conocimiento de un proceso que en razón de los factores determinantes de la competencia le corresponde a otro.* Por ejemplo, si un juez civil municipal conociera de un proceso de expropiación, que le está atribuido al de circuito, con base en el factor objetivo, concretamente por la naturaleza de la pretensión.

C) *Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior o revive proceso legalmente terminado o pretermite íntegramente la instancia.* La competencia del juez se agota una vez finalizado el proceso, por lo que cualquier actuación posterior que implique revivirlo constituye usurpación.

Al hablar de finalización del proceso nos referimos a cualquiera de las modalidades que la producen, esto es, normalmente mediante la sentencia o anormalmente por desistimiento, transacción, conciliación, etc. No es usual que el proceso continúe después de ejecutoriada la sentencia, salvo la actuación tendente a cumplirla, cuando la misma ley lo permite, como acontece con la diligencia de entrega en los procesos de restitución de la tenencia, pero si es factible que eso ocurra cuando la terminación es anormal, supuesto en el cual la actuación posterior constituye usurpación de competencia.

D) *Cuando se tramita la segunda instancia, sea en virtud de apelación o consulta, sin estar consagrada en la ley.* Al igual que en el caso anterior, la actuación del funcionario se concreta a cumplir las etapas previstas para cada proceso, por lo cual usurpa competencia quien conoce de dichas actuaciones, sin estar contempladas en el ordenamiento procesal, como acontece con los asuntos de única instancia.

E) *Cuando la segunda instancia se ventila por funcionario distinto al que le corresponde o, a pesar de ser el competente, se extralimita en los puntos materia del recurso.* La apelación que origina la segunda instancia faculta al funcionario que conoce de ella solo para considerar los puntos desfavorables al recurrente, salvo determinadas excepciones, por lo cual, si se pronuncia sobre otros aspectos, incurre en usurpación de competencia.

F) *Cuando se tramita el recurso de revisión por funcionario distinto del competente.* Es semejante al anterior, con la diferencia que se refiere a la revisión, situación susceptible de mayor ocurrencia que en la apelación, por cuanto aquel medio de impugnación es de carácter extraordinario y se ventila tiempo después de proferida la sentencia contra la cual se interpone. Así, por ejemplo, si la sentencia es proferida por el tribunal y este tramita la revisión, incurre en usurpación de competencia, porque la competencia radica en la Corte Suprema de Justicia.

G) *Cuando en la sentencia se incluyen sujetos, pretensiones o excepciones ajenas al objeto de la decisión.* La demanda y su respectiva contestación determinan los elementos del proceso, vale decir, quienes tienen la calidad de demandantes y demandados, cuales son las pretensiones o pedimentos formulados sobre los cuales se pronuncia el juzgador y que excepciones solo puede reconocer si le son expresamente invocados por el demandado.

Es factible que intervengan terceros y modifiquen el número de los sujetos o que estos o las mismas partes iniciales mediante corrección de la demanda o reconvención formulen nuevas pretensiones, que también integran el objeto del proceso. Todos estos aspectos demarcan la competencia y, por ende, son los que constituyen materia de la sentencia. Si el juez traspasa esos lindes, como sucede, v. gr., cuando condena por algo que no se le pide o por cantidad superior a la reclamada o reconoce una excepción no propuesta y que requiere de

esta formalidad, como la prescripción, o incluye en la decisión, sea en favor o en contra, a una persona que no es parte, así tenga la calidad de titular de la relación jurídica discutida, incurre en usurpación de competencia.

## **10.** Suspensión

La suspensión consiste en que el funcionario judicial es privado temporalmente de la competencia para conocer de determinado proceso y se puede presentar desde el momento en que surge la causal o circunstancia que la determina, hasta cuando aquella desaparece. Se presenta como consecuencia de la apelación en el efecto suspensivo, en que la competencia se le suspende al inferior a partir de la ejecutoria del auto que concede el recurso y la recupera una vez el superior le devuelve el expediente. Así mismo cuando las partes de consuno solicitan suspender el proceso, se suspende la competencia desde la ejecutoria de la providencia que acepta el pedimento en ese sentido hasta el vencimiento del plazo señalado por ellas.

## **11.** Derogatoria

A) *Concepto.* La derogatoria de competencia se presenta cuando un proceso que está en curso se sustrae definitivamente del conocimiento del juez que lo tramita para pasárselo a otro que continúa ventilándolo hasta su terminación.

B) *Características.* La derogatoria se caracteriza, en primer lugar, porque ocurre respecto de un proceso en curso, esto es, cuando aún no ha culminado; y, en segundo, que la sustracción es definitiva, o sea, que de él no vuelve a conocer el funcionario que lo estaba tramitando.

C) *Efectos.* De acuerdo con la incidencia o los efectos de la derogatoria, pueden ser de dos clases:

a) *General*, si cobija a la totalidad de ciertos procesos y se presenta cuando una disposición le atribuye su conocimiento a otra categoría de funcionarios de la misma rama, como sucedería si una ley asignara la expropiación de bienes urbanos a los jueces municipales, proceso que en la actualidad les corresponde a los de circuito.

En esta hipótesis, al igual que en la derogatoria de jurisdicción, una vez que la ley entra en vigencia, el funcionario judicial que está conociendo del proceso lo envía en el estado en que se encuentre al juez a quien se le ha atribuido la competencia.

b) *Individual*, si solo afecta a un proceso en particular, como sucede cuando prospere el impedimento o la recusación, vale decir, los acoge el funcionario judicial a quien se le envía la actuación. Así mismo, en la acumulación de

procesos cuando cursan en diferentes juzgados, en relación con quien pierde el conocimiento de uno de ellos.

## 12. Conflicto

A) *Concepto.* El conflicto de competencia se presenta cuando entre dos o más funcionarios judiciales de la misma rama se disputan el conocimiento de un proceso.

B) *Clasificación.* El conflicto puede ser de dos clases: positivo y negativo.

a) *Positivo* cuando los funcionarios entre quienes surge consideran que a cada uno le corresponde conocer del proceso.

b) *Negativo* cuando los funcionarios entre quienes se presenta estiman que a ninguno de ellos le está atribuido el conocimiento del proceso.

C) *Presupuestos.* Los presupuestos o requisitos necesarios para que el conflicto se presente, se concretan a los siguientes:

a) *Que surja entre funcionarios judiciales que pertenezcan a la misma rama.* Anotamos, al tratar de la jurisdicción, que si el conflicto se presenta entre ramas de la ordinaria, como es la civil, penal, laboral, de familia y agraria, según el criterio adoptado por el Consejo Superior de la Judicatura y luego elevado a canon legal por la ley estatutaria de la administración de justicia, se considera como de competencia.

b) *No puede presentarse entre inferior y superior jerárquicos, porque la decisión del segundo prevalece sobre el primero.*

c) *Que se origine en determinada actuación surtida en primera instancia.* Aun cuando en estricto sentido la instancia solo tiene referencia con los procesos declarativos y comprende las actuaciones surtidas desde la presentación de la demanda hasta la sentencia, excluidos los ejecutivos, en los cuales las gestiones solo tienen por objeto la realización de los bienes del deudor para atender el pago de la obligación objeto del recaudo, salvo, desde luego, la fase de las excepciones de mérito, que implican un trámite de índole declarativa, en ambas clases de procesos hay lugar a dos situaciones que implican considerar la competencia del juez y que puedan dar lugar al conflicto, a saber:

1. Por rechazo de la demanda. Como consecuencia del pronunciamiento que en relación con la demanda le corresponde al juez proferir esta el rechazo cuando considera que no es competente y en la misma providencia ordena enviar la actuación al que considere el llamado a ventilarlo, el cual, si también conceptúa que no está atribuido, lo remite a quien le corresponda resolver el conflicto.

2. Por prosperar la excepción previa o impedimento procesal. Es factible que el juez, a pesar de carecer de competencia, admita equívocamente la demanda, pudiendo el demandado o ejecutado, según el caso, proponer la excepción

de incompetencia, la cual, en caso de prosperar, determina que el juez envíe el proceso a quien considere competente, quien, en el supuesto que estime carecer de competencia, lo remite a quien le corresponde resolver el conflicto.

En materia penal y conforme lo preceptuado por la ley 906 de 2004 no hay lugar a conflicto, por cuanto la declaración de incompetencia, que puede hacerse a instancia de la defensa en la audiencia en que se hace la imputación o de cualquiera de las partes y aun de oficio por el juez en la que se formula la acusación, determina que se envíe la actuación al funcionario que debe definirla y su decisión es definitiva.

D) *Decisión*. El conflicto de competencia lo decide el superior común de los funcionarios entre quienes se suscite, y se procede de la siguiente manera:

a) *Entre dos jueces municipales del mismo circuito, lo resuelve el juez de circuito*. Así, entre un juez civil de Usaquén y otro de Fontibón, lo decide el juez civil de circuito de Bogotá, al cual pertenecen los dos.

b) *Entre dos jueces municipales de diferente circuito, pero del mismo distrito judicial*, lo decide el tribunal superior. V. gr., entre un juez penal municipal del municipio de Girardot y otro de Facatativá, que pertenecen al distrito de Cundinamarca, lo decide el Tribunal Superior de este departamento, que tiene asiento en Bogotá.

c) *Entre dos jueces municipales de distinto distrito judicial, lo resuelve la Corte Suprema de Justicia*. Es el caso de un juez civil municipal de Cúcuta, que pertenece al distrito de Norte de Santander, y otro de la ciudad de Tumaco, que corresponde al distrito de Nariño, lo decide la Corte Suprema.

d) *Entre dos jueces de circuito o uno de estos y otro municipal de diferente circuito, pero del mismo distrito judicial,* lo decide el tribunal superior. Acontece, por ejemplo, entre un juez de circuito de Facatativá y otro de Fusagasugá, que pertenecen al Distrito Judicial de Cundinamarca. Así mismo, entre un juez municipal del circuito de Facatativá y el del circuito de Fusagasugá.

e) *Entre dos jueces de circuito o uno de estos y otro municipal de diferente distrito judicial,* lo resuelve la Corte Suprema de Justicia. Se presenta entre un juez de circuito o municipal de Pasto con otro de circuito de Bucaramanga, que pertenecen a diferente distrito, pues aquel le corresponde al distrito de Nariño y este al de Santander.

f) *Entre salas del mismo o distinto tribunal de distrito judicial*, lo decide la Corte Suprema de Justicia.

El conflicto de competencia quedaba limitado y en la actualidad obra entre funcionarios de la misma rama (civil o penal), pero, hoy —como se expresó al tratar el de jurisdicción—, por obra del Consejo Superior de la Judicatura, primero, y, luego, de la ley 270 de 1996, se extendió a todos los integrantes de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, es viable que se presente entre salas del mismo tribunal.

En consecuencia, cuando el conflicto se presenta entre funcionarios o salas diferentes de la rama ordinaria —así mismo, como lo anotamos al tratar el de jurisdicción— y le corresponde al tribunal superior, lo decide mediante sala mixta, mientras que, si es a la Corte Suprema de Justicia, en la de casación especializada, superior jerárquica de ambos o, si esta no existe, en la plena.

Cuando el conflicto surge entre funcionarios de la misma rama, v. gr., civiles, y le corresponde decidirlo al tribunal superior o la Corte Suprema de Justicia, lo hacen por conducto de su respectiva sala especializada. Empero, actúan en forma diferente, por cuanto el tribunal lo hace en la de decisión, mientras la Corte en la correspondiente de casación.

## 13. Terminación

La competencia termina cuando se profiere la providencia mediante la cual culmina el proceso normalmente, sentencia o pago, según se trate de declarativo o ejecutivo, o anormalmente (desistimiento, transacción, perención, conciliación, etc.).

Decimos que se profiere, pues con este acto —como lo explicamos— culmina la primera instancia y competencia del funcionario, aunque el proceso puede continuar su curso, por ser viable que contra la respectiva decisión se interponga el recurso de apelación o el de casación, en los casos en que este procede.

Podría argüirse que la derogación y la terminación de la competencia son fenómenos idénticos, puesto que en una y otra el juez deja de conocer de un proceso determinado, pero la diferencia surge de la causa que la origina y las consecuencias que de ello se derivan, pues mientras que en la primera el proceso continúa su curso normal, en la segunda se agota, esto es, se cumple en su totalidad el encargo encomendado al funcionario judicial.

## 14. Consecuencias de la incompetencia

La competencia es uno de los presupuestos para el desarrollo válido del proceso; por tanto, su ausencia configura o implica nulidad de toda la actuación. Sin embargo, la tendencia, en aras de la economía procesal y de la lealtad con que las partes deben actuar, es que si el demandado no la propone como excepción previa o impedimento procesal, queda saneada, esto es, convalidada, y, por tanto, el mismo funcionario judicial continúa tramitándolo.

## Capítulo V

# AUXILIARES DE LA JUSTICIA

### 1. Concepto

Se denomina auxiliares de la justicia a las personas que por sus especiales conocimientos o experiencia en ciertas disciplinas o actividades están capacitadas para efectuar determinadas actuaciones que es necesario surtir en algunos procesos y para las cuales el funcionario judicial está imposibilitado, por ser extrañas a la índole de su función.

### 2. Naturaleza

Los auxiliares de la justicia son colaboradores del juez, pero sin que por ello queden investidos de jurisdicción. De acuerdo con la definición o calidad que les otorga la ley, ejercen un *oficio público*, concretamente un *cargo*, de carácter esencialmente transitorio y sin que su desempeño obstaculice en forma alguna su ocupación habitual.

La mencionada calidad implica que, al igual que el juez, no tengan interés en los resultados del proceso en el cual actúan y, por tanto, se les hacen extensivas las causales de impedimento y recusación.

### 3. Requisitos

Los auxiliares de la justicia deben reunir determinados requisitos para desempeñar el cargo, los cuales pueden agruparse en dos: generales y especiales o específicos.

A) *Generales* son los que tiene que llenar todo auxiliar de la justicia, sin consideración a la índole u objeto del cargo. Son los siguientes:

a) *Capacidad*, tanto desde el punto de vista civil, como en cuanto a que esté en condiciones físicas y psíquicas que le permitan desempeñar el cargo.

b) *Conducta intachable* en su vida y goce de excelente reputación.

c) *Que se halle domiciliado en el lugar donde cursa el proceso.*

d) *Que no registre antecedentes penales*, es decir, que no se le haya impuesto condena por la comisión de un delito mediante sentencia ejecutoriada.

e) *Que no se encuentre, al tiempo de la designación, desempeñando un cargo* (funcionario o empleado) en cualquiera de las ramas del poder público.

f) *Que no haya sido destituido como funcionario o empleado* por sanción disciplinaria.

g) *Que se haya abstenido de aceptar encargo anterior* y que si lo desempeñó, no haya incurrido en falta alguna por inobservancia de sus funciones, entre las cuales está la de acordar con las partes expensas mayores de las asignadas por el juez.

B) *Específicos.* Miran a una modalidad determinada y se contraen a los siguientes:

a) *Que sea versado y experto en la materia* en la cual va a prestar su servicio o que tenga el correspondiente título profesional.

b) *Que si se trata de peritos, no haya prosperado objeción a un dictamen proferido anteriormente.*

c) *Que si se refiere a secuestros, no hayan dejado de rendir cuentas o de cubrir oportunamente el saldo que resulte a su cargo* o no reintegren los bienes o los empleen en su propio provecho.

d) *Que cuando atañe a profesionales, como es el caso de abogados, médicos, etc., no se les haya suspendido o cancelado la correspondiente licencia.*

## 4. Clases

Los auxiliares de la justicia pueden clasificarse en los siguientes grupos:

A) *Peritos* que, a su vez, comprenden una extensa gama, en razón del sinnúmero de asuntos sobre los cuales pueden dictaminar. Hay tantos peritos como profesiones y actividades especializadas en general. Los hay médicos, agrónomos, pintores, químicos, grafólogos, etc.

B) *Secuestres o depositarios judiciales* de los bienes que son materia de esa medida cautelar.

C) *Liquidadores*, cuando se trata de cumplir las gestiones tendentes a la liquidación de una sociedad.

D) *Agrimensor y contador*, que la ley enuncia separadamente, aunque en estricto sentido son peritos y, por tanto, deberían integrar la lista de estos, en razón de que pueden cumplir no solo esa función, sino también la de auxiliar a otros en el proceso, como es la de levantar los planos para que el partidor pueda hacer su trabajo, o los estudios contables para colaborarle a los liquidadores.

E) *Los que requieren la calidad de abogado titulado*, como los curadores *ad litem* y partidores.

## 5. Integración

La integración es un acto que consiste en escoger el nombre de las personas que han de formar parte de las listas de los auxiliares de la justicia para el correspondiente período legal, que es de dos años.

Las listas se integran conjuntamente por los funcionarios judiciales de la misma rama y categoría de determinada localidad o por las correspondientes salas especializadas de los tribunales o la Corte, con base en las solicitudes presentadas por los aspirantes en los primeros quince días del mes de febrero y los candidatos que les den en la misma ocasión las instituciones que agrupen a personas que estén en condiciones de ser auxiliares de la justicia, como son las academias, universidades, cámaras de comercio, lonjas de propiedad, asociaciones profesionales y de especialistas, bancos, etc.

Las listas ya integradas se envían al respectivo procurador de distrito judicial, quien excluirá las personas que considere no están en condiciones de ser auxiliares y selecciona a las que van a quedar en definitiva. Esto se cumple mediante una resolución, en la cual se deben indicar las razones o motivos de la exclusión.

El número de auxiliares que integran las listas depende del número de habitantes que existan en la correspondiente localidad, y van desde cinco por clase de cargo y especialidad hasta 50 para los primeros y 25 de los segundos, como mínimo, según se trate de municipios que tengan no menos de 20.000 o más de 500.000 habitantes.

Las listas integradas se publican en el mes de abril por los respectivos órganos judiciales e indican la especialidad, el nombre y apellidos completos del auxiliar, junto con su dirección y teléfono. Estos se incluyen por orden alfabético y con su respectivo número. Cuando en la localidad existen varios juzgados de la misma rama y categoría, la lista es común para todos ellos.

## 6. Designación

La designación es el acto en virtud del cual el funcionario judicial escoge de las listas la persona que ha de desempeñar el cargo de auxiliar en determinado proceso.

La designación se hace por riguroso orden alfabético de las listas del respectivo órgano judicial. Si no hubiere listas, se acude a las de otro órgano judicial y, en defecto de ellas, se designa a una persona idónea, debidamente calificada para desempeñar la función. Si al momento de iniciarse la diligencia judicial falta el auxiliar de la justicia ya nombrado, se procede a reemplazarlo en el acto con otra persona de las que figuren en la lista.

La escogencia del auxiliar dentro de la lista es forzosa, salvo dos excepciones, que se consagran en el caso de la peritación, a saber:

A) *Cuando se requieren médicos legistas o técnicos de la policía judicial, como acontece en el proceso penal.*

B) *Cuando se trata de médicos para reconocer al presunto demente o sordomudo en los procesos de interdicción* (familia), supuesto en el cual el juez, bajo su responsabilidad, nombra los especialistas en la materia, de la más alta calificación moral y profesional, pero de preferencia incluidos en el cuerpo oficial de auxiliares.

El nombramiento lo hace el titular del órgano judicial que tramita el proceso y se comunica por telegrama enviado a la dirección que figure en la lista oficial, en el cual se indica el día y hora de la diligencia. Copia del telegrama, debidamente sellada por la oficina de telégrafos, se agrega al expediente (ley 446 de 1998, art. 2º, que modificó el num. 8 del art. 9º del C. de P. C.).

La notificación por telegrama puede suplirse enviando por correo certificado el oficio donde conste la designación del auxiliar dentro del proceso (ley 446 de 1998, art. 2º, que modificó el num. 8 del art. 9º del C. de P. C.).

El cargo de auxiliar de la justicia es de obligatorio aceptación dentro de los cinco días siguientes al envío del telegrama correspondiente, so pena de que sea excluido de la lista, salvo justificación aceptada (ley 446 de 1998, art. 2º, que modificó el num. 8 del art. 9º del C. de P. C.).

## 7. Posesión

Como al principio lo expusimos, el desempeño de auxiliar de la justicia es un cargo y, por consiguiente, exige la respectiva posesión del interesado, la cual, de acuerdo con la modificación introducida por el decreto 2289 de 1989 al Código de Procedimiento Civil en su artículo 9º, numeral 8, inciso 3º, se entiende surtida con la manifestación que haga bajo juramento en el escrito de aceptación que lo desempeñará con imparcialidad y buena fe.

El escrito de aceptación se presenta personalmente, con lo cual el juramento se entiende prestado, dentro de los cinco días siguientes al envío del telegrama. Cuando se trata de peritos, la posesión no se suple con la aceptación, sino que se sujeta a las reglas previstas para ese medio probatorio.

## 8. Derechos

Los auxiliares de la justicia tienen derecho a que una vez, cumplido el encargo, se les asignen los *honorarios* respectivos.

Estos honorarios los fija el funcionario judicial que conoce del proceso en donde cumplieron su función, o el comisionado, si se le ha facultado para ello, una vez cumplida la gestión.

El decreto 2265 de 1969, en sus artículos 26 a 37, señalaba las tarifas de los honorarios de los auxiliares de la justicia, dentro de unos límites y de acuerdo con la cuantía del asunto, vale decir, si es de mayor, menor o mínima.

Esas tarifas perdieron vigencia, fundamentalmente por dos razones: una, de carácter económico, por cuanto los montos allí asignados, por la antigüedad del decreto 2265 de 1969, no guardan proporción con la desvalorización registrada por la moneda; y, la otra, de índole jurídica, pues el artículo 387 del Código de Procedimiento Civil tácitamente derogó las normas correspondientes de ese decreto, al disponer que el gobierno nacional reajustará cada dos años el arancel.

La ley 270 de 1996 —estatutaria de la administración de justicia—, con buen criterio, le asignó en el numeral del artículo 85, a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la facultad de establecer la remuneración de los auxiliares de la justicia. Pero si no se hace esa fijación, el funcionario tiene autonomía para señalarlos, aunque para ello debe tener en cuenta el valor de la pretensión, la labor realizada por el auxiliar y sus conocimientos.

En el campo penal no hay lugar a señalar honorarios para los auxiliares, por cuanto la gestión es gratuita. Si se trata de procesos laborales, los honorarios se disminuyen hasta en un 30 por ciento, cuando la parte obligada a sufragarlos es el trabajador. Esa rebaja es de hasta un 50 por ciento si la prueba fue pedida por la parte civil en el proceso penal.

Los honorarios los cancela la parte que solicita la prueba o actuación en que intervenga el auxiliar. Cuando la gestión en la cual actúa el auxiliar sea a instancia o propuesta de las dos partes, el funcionario judicial determina la proporción con que a cada una le corresponde contribuir al pago de los honorarios. Cuando la prueba se decreta de oficio, con fundamento en la facultad otorgada por el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, los gastos que implique su práctica, en los cuales se incluye los honorarios de los auxiliares, son a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas, según lo preceptuado por el inciso 2º del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil.

En la misma providencia en que el funcionario judicial fija el monto de los honorarios del auxiliar, indica la parte a la cual le corresponde cancelarlos o la proporción con que cada una de ellas le corresponde atenderlos.

Los honorarios pueden ser impugnados por las partes y el propio auxiliar, cuando consideren que no se ajustan o guardan proporción con la función cumplida, dentro del término de ejecutoria de la providencia que los fija. En este supuesto el juez resuelve previo traslado a la otra parte y al auxiliar por el término de tres días (C. de P. C., art. 388).

Dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la providencia que hace la regulación de los honorarios la parte a quien le corresponda cancelarlos los entrega directamente al interesado o los consigna en la institución bancaria

donde el órgano judicial tenga los depósitos judiciales. Con la copia del depósito o el recibo se acredita el pago. Sin embargo, aunque los honorarios a los curadores *ad litem* se consignan en su oportunidad, no se entregan al auxiliar sino una vez cumplida su gestión, conforme lo preceptuado por el artículo 5º de la ley 446 de 1998, que adicionó un inciso al artículo 388 del Código de Procedimiento Civil.

El decreto 2282 de 1989 derogó la disposición del Código de Procedimiento Civil que sancionaba a la parte deudora de los honorarios con no apreciar la prueba que los causara y abstenerse de atender sus peticiones, excepto que se tratara de recursos o petición de pruebas, hasta que presentara el título de depósito correspondiente.

En la actualidad, una vez exigibles los honorarios, por no ser cancelados dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la providencia que los fija, el acreedor de ellos puede instaurar proceso ejecutivo ante el juez de primera instancia, el cual se tramita en la forma prevista por el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil y contra el mandamiento de pago no procede apelación, ni excepciones distintas a la de cancelación de la obligación y prescripción.

Decimos que contra el mandamiento ejecutivo no procede el recurso de apelación, por cuanto ese medio de impugnación estaba consagrado a instancia del deudor como regla general, pero la reforma efectuada al artículo 505 del Código de Procedimiento Civil por la ley 794 de 2004 cerró la posibilidad de instaurarlo, con lo cual perdió respaldo, lo que en tal sentido establece el artículo 391 ibídem.

Cuando el expediente se encuentre en un órgano judicial diferente del que conoce el proceso en primera instancia, el acreedor para poder instaurar el ejecutivo requiere obtener copia auténtica del auto que fija los honorarios y del que los modifique, si es el caso, y un certificado expedido por el magistrado ponente o el juez en que conste quién es el beneficiado con los honorarios y la parte obligada a cancelarlos, cuando en las copias no aparezcan sus nombres, que son los documentos constitutivos del título ejecutivo.

La norma dejó un vacío, por cuanto al asignarle la competencia para conocer del ejecutivo al juez de primera instancia, dejó por fuera o excluyó al que lo tramita en única instancia, pero, como se trata de dos situaciones no solo semejantes, sino iguales, consideramos que el funcionario que actúa con esa modalidad y fija los honorarios también puede tramitar el ejecutivo tendente a obtener su pago.

Como la norma habla de funcionario de primera instancia, extensible, como lo planteamos, al de única, sin hacer distingo alguno, se entiende que es esa circunstancia la que determina su competencia para conocer del ejecutivo tendiente a obtener el pago de los honorarios de los auxiliares, sin consideración a la rama a la que pertenezca y aunque para esta clase de procesos tenga una atribución limitada, como ocurre en los tribunales administrativos y los

juzgados de familia, a los cuales solo se les asigna los originados en determinadas condenas.

## 9. Obligaciones

Las obligaciones de los auxiliares de la justicia se refieren principalmente a los depositarios, secuestres o administradores y se contraen a depositar los bienes en bodegas o depósitos y consignar las cantidades recibidas en la cuenta bancaria del juzgado. Así mismo rendir informe mensual y cuentas de su gestión.

## 10. Sanciones

Al auxiliar, por cuya culpa deje de practicarse una prueba o diligencia, se le sanciona con exclusión de la lista y multa hasta de diez salarios mínimos mensuales. En la misma multa incurre por la violación de cualquiera de sus deberes, como el empleo de los bienes, sus productos, valor de enajenación, en provecho propio o de otra persona, y el retardo en su entrega.

La multa se impone mediante un incidente, que se tramita independientemente del proceso, sin perjuicio de las restantes acciones, como es la penal y la indemnización por los perjuicios causados.

## Capítulo VI

# ORGANISMOS DE CONTROL

### 1. Concepto

Al lado del poder judicial —dice el tratadista argentino Alsina[1]— existe una magistratura particular que, si bien no forma parte del mismo, colabora con él en la tarea de administrar justicia y cuya función principal consiste en velar por el cumplimiento de las disposiciones que afecten el interés general.

Los organismos de control, según se infiere de lo expuesto, no ejercen función instructiva o decisoria, por cuanto carecen de jurisdicción; su misión principal es defender los intereses de la sociedad y de los incapaces, y velar por la observancia de la ley.

Los organismos de control, como los denomina la Constitución Política de 1991, están constituidos por la Procuraduría, la Defensoría del Pueblo y por el defensor de familia.

### 2. Historia

No existe acuerdo entre los tratadistas acerca del origen del ministerio público[2]. Para unos se encuentra en Roma, concretamente en los *curiosi* y los procuradores *cesarias*, que eran inspectores imperiales encargados de vigilar la administración de los bienes del soberano, pero ambos sin funciones jurisdiccionales. Otros expositores encuentran en el antiguo derecho germano, propiamente en los *saiones* o los *missidominici* del emperador Carlomagno, los procuradores baronales del feudalismo, o los *abogadory* de la República Véneta.

Sin embargo, como acertadamente lo observa Garçonnet, el origen de esta institución no es romano ni germano, sino francés. En concepto de este trata-

[1] Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. ii, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1963, págs. 239 y 330.

[2] Sobre este apasionante tema, véase la muy documentada obra de Francesco Cordero, *Procedimiento penal*, trad. de Jorge Guerrero R., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 2000, especialmente las págs. 155-159, 173-175, 341 y 344 del t. i.

dista, sus orígenes se remontan al siglo XIV, y considera que se debió a la representación que el rey otorgaba a ciertos abogados para que intervinieran en causas en las que se dilucidaban asuntos relativos a la monarquía o de interés público. Esa representación, que en un comienzo fue temporal, es decir, que se hacía para casos determinados, adquirió con el tiempo carácter definitivo, y mediante la ordenanza del 25 de marzo de 1302 se nombró, por vez primera, a quienes debían desempeñar el cargo.

## Sección I. *Procuraduría*

### 3. Composición

El ministerio público propiamente dicho, de acuerdo con la Constitución Política, forma parte de los llamados organismos de control y se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, integrada por el procurador general y por los demás funcionarios que designe la ley.

### 4. Funciones

El ministerio público es parte en el proceso penal, pero su intervención solo es forzada en la investigación de los hechos punibles de competencia de los jueces especializados y en la audiencia pública cuando el procesado está amparado por fuero constitucional, en los asuntos de interés público y en que hubiese actuado como querellante o ejercido la petición especial. Su función, en uno u otro caso, es la de coadyuvar la acusación formulada o solicitar sentencia absolutoria, de acuerdo con el acerbo probatorio allegado (decr. 2700 de 1991, arts. 131, 134 y 135, num. 4).

A la Procuraduría General de la Nación le corresponde, además, conforme lo consagra el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política, ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas y ejercer el poder disciplinario, adelantar la investigación correspondiente e imponer las respectivas sanciones.

En desarrollo de esa norma constitucional la ley 734 de 2002, por la que se expidió el Código Disciplinario Único, en su artículo 3º (*Poder disciplinario preferente*), reitera que "la Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia".

### 5. Calidades y designación

Las calidades exigidas para desempeñar los cargos que integran la Procuraduría General son las mismas establecidas para el funcionario judicial ante el cual van a cumplir su función. La designación se produce como sigue:

A) Al *procurador general de la nación* lo elige el Senado de la República, para un período de cuatro años, de una terna que le es presentada por el presidente de la república, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Const. Pol., art. 276).

B) Los *delegados y agentes del ministerio público* los elige el procurador general de la nación.

## **Sección II.** *Defensoría del pueblo*

### 6. Origen

La institución del defensor del pueblo ha sido incorporada al moderno derecho constitucional a partir del *ombudsman*, figura propia del derecho escandinavo.

### 7. Funciones

El defensor del pueblo tiene como función velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:

1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.

2. Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.

3. Invocar el derecho de *habeas corpus* e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.

4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.

5. Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia.

6. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.

7. Rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones.

8. Las demás que determine la ley.

**8.** Designación

Al defensor del pueblo lo elige la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna enviada por el presidente de la república (Const. Pol., art. 281).

## **Sección III.** *Defensor de familia*

**9.** Concepto

El defensor de familia es un funcionario administrativo, vinculado al Instituto Colombiano de Bienestar Social, creado mediante la ley 75 de 1968, conocida tambien como "Ley Cecilia", cuya función cumple mediante resolución, contra la cual proceden los recursos consagrados en el Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006, que derogó casi en su integridad el Código del Menor, decr. 2737 de 1989). Los restantes pronunciamientos que produzca en el curso de la actuación se producen mediante autos, susceptibles solo de reposición.

**10.** Funciones

Las funciones del defensor de familia concuerdan, de una parte, con las que tradicionalmente entre nosotros le correspondían al ministerio público, concretamente a la Procuraduría, con antelación a la Constitución de 1991, en cuanto debe velar por los intereses de los menores, pero también se le asignan otras que lo facultan para ciertas actuaciones que tienen carácter jurisdiccional, como es la conciliación en las controversias expresamente enunciadas por la ley.

De acuerdo con la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, las funciones asignadas al defensor de familia, son las siguientes:

A) *Intervenir en interés de la institución familiar y del infante y adolescente en los asuntos judiciales y extrajudiciales*, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del decreto 2272 de 1989 y el Código de la Infancia y la Adolescencia.

El artículo 11 del decreto 2272 de 1989 establece que "el defensor de familia intervendrá en nombre de la sociedad y en interés de la institución familiar, en los procesos que se tramiten ante esa jurisdicción y en los que actuaba el

[3] Hernán Fabio López Blanco, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. i, Parte general, 6ª ed., Santa Fe de Bogotá, ABC, 1993, pág. 177.

defensor de menores, sin perjuicio de las facultades que se le otorgan al ministerio público. Intervendrá también en interés del menor, para promover las acciones pertinentes en los asuntos judiciales y extrajudiciales de familia, sin perjuicio de la representación legal y judicial que corresponda".

De las disposiciones transcritas se infiere, de una parte, que el defensor de familia reemplazó al de menores, y, de otra, que su intervención procede en aquellos asuntos en que a este le correspondía actuar y no para todos los que se ventilen en esa jurisdicción, sentido en el que, en nuestro criterio se impone interpretar la disposición[3].

Además, en los asuntos en los que le corresponde actuar al defensor de familia, aun cuando respecto a la forma de vincularlo al proceso se aplican las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil, según las cuales, concretamente el artículo 314, numeral 3, y el 315, *in fine*, se le notifica personalmente solo el auto admisorio, sin dejarle en ningún caso el expediente, el decreto 2651 de 1991 en su artículo 58, adoptado como norma permanente por el artículo 162 de la ley 446 de 1998, reiteró expresamente ese criterio respecto de la primera providencia y mediante la cual se le vincula al proceso, pero no con relación a la sentencia que permite hacérsele saber o conocer por correo u otro medio.

B) *Asumir la asistencia y protección del adolescente* responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes (C. de la I. y la A., art. 82, num. 6).

C) *Citar al presunto padre para procurar el reconocimiento voluntario* de un hijo extramatrimonial (ley 1098 de 2006, ídem, art. 82, num. 10).

D) *Promover la conciliación extrajudicial* en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembors de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescentes (C. de la I. y la A.).

En tales supuestos, si fracasa la audiencia de conciliación o no puede llevarse a cabo y, en caso de urgencia, el defensor de familia puede adoptar las medidas provisionales que sean necesarias, sin perjuicio de la competencia atribuida a los jueces sobre las mismas materias (ídem, art. 100).

E) *Aprobar una audiencia de conciliación a instancia de cualquiera de los interesados*, antes o en curso del proceso, en los casos mencionados en el artículo 82, numeral 9 de la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, que son:

a) La suspensión de la vida en común de los cónyuges.

b) La custodia y cuidado personal, visita y protección de los menores.

c) La fijación de cuota alimentaria.

d) La separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico.

e) La separación de bienes y la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges.

f) Los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales.

F) *Adoptar las medidas de restablecimiento* establecidas por el Código de la Infancia y la Adolescencia, para detener la violación o la amenaza de los derechos de los niños, niñas o adolescentes (art. 82, num. 2).

G) *Conceder permiso a menores para salir del país*, de acuerdo con lo previsto por el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 82, numeral 7.

H) *Presentar denuncias penales ante las autoridades competentes* por la comisión de delitos donde aparezca como víctima un niño o adolescente (ídem, art. 82, num. 16).

I) *Autorizar la adopción del menor* en los casos señalados por la ley (ídem, art. 82, num. 15).

J) *Solicitar la inscripción o corrección del nacimiento en el registro del estado civil* de los menores en situación irregular (ídem, art. 82, num. 19).

K) *Solicitar la práctica de los exámenes antropoheredobiológicos* para preconstituir la prueba en los procesos de filiación. Al hablar la norma de una especie de exámenes, no quiere decir que los limite a ellos, pues quedan incluidos todos los que el avance de la ciencia reconozca, como acontece en la actualidad, en donde prácticamente el antroheredobiológico ha quedado relegado ante la certeza que dan otros descubiertos recientemente, como el ADN, adoptado como prueba esencial mediante la ley 721 de 2001.

L) *Representar a los niños y niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas,* cuando carezcan de representante, o cuando este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos (ídem, art. 82, num. 12).

M) *Otorgar autorización para la venta de inmuebles de menores* en los casos señalados por la ley 9ª de 1989, de reforma urbana, siempre que no se vulneren los derechos del menor.

N) *Representar al incapaz que carece de representante para formular la querella* en los delitos que la requieran (ídem, art 82, num. 17, en conc. con la ley 906 de 2004, art. 71).

Ñ) *Ejercer funciones de policía* (ídem, art. 82, num. 4).

O) *Emitir los conceptos en las actuaciones judiciales o administrativas* ordenadas por la ley (ídem, art. 82, num. 3).

P) *Solicitar a los jueces y funcionarios administrativos la práctica de pruebas* que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones (ídem, art. 81, num. 4).

## CAPÍTULO VII

## LAS PARTES

### 1. CONCEPTO

"La idea genérica de parte —dice REDENTI[1]— deriva de lo que la palabra misma sugiere en las expresiones de uso corriente: tener parte, tomar parte, participar (en un acontecimiento o en una relación cualquiera, como una comedia, o en un drama)". "Esa misma idea —continúa— de tener parte, es la que se convierte, de objetiva en subjetiva, en ser parte (sujeto, personaje, *dramatis persona*)".

En estricto sentido jurídico, sin embargo, no existe uniformidad de criterio en la doctrina acerca del concepto de parte. En tres tendencias pueden agruparse los diferentes criterios, a saber:

A) *La aceptada por los sustentadores de la acción como inherente al derecho material*, según la cual la parte coincide con quienes son los titulares de la relación material o sustancial controvertida en el proceso. Entonces, v. gr., en un proceso reivindicatorio la calidad de parte solo podría tenerla, de un lado, el titular de dominio del bien, y, del otro, su poseedor.

De aceptarse esta tesis se incurriría en el error de concluir que si la sentencia es desfavorable al demandante o simplemente inhibitoria, por carecer del derecho o, a pesar de tenerlo, porque se comparte con otros que no se presentan al proceso, en este no habrían intervenido partes.

B) *La que desvincula el concepto de parte de la relación sustancial o material, para hacerlo residir en el de legitimación para accionar*. El principal sustentador de esta corriente ha sido ROCCO[2], para quien "parte es aquel que estando legitimado para accionar o contradecir, pide en nombre propio la realización de una relación jurídica, de la cual se afirma titular, o la de una relación jurídica de la cual se afirma ser titular otro sujeto que puede estar en juicio o no estar en juicio".

De acuerdo con esa concepción, la calidad de parte la tiene quien comparece al proceso reclamando un derecho o contra quien se reclama, sin consideración a que sea o no el titular del mismo. Entonces, en el mismo ejemplo de

[1] ENRICO REDENTI, *Derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pág. 149.

la reivindicación, bastaría que el demandante invocara su calidad de propietario y afirmara que el demandado es el poseedor, sin consideración a la efectividad que tenga esa condición.

La teoría es correcta, pero se le critica, como observa el maestro DEVIS ECHANDÍA[3], por hacerla radicar en la legitimación —entendida en la forma en que la expone ROCCO, o sea, como la afirmación de titularidad de una relación jurídica—, que no es inherente a la calidad de parte.

En efecto, la legitimación es esencial para que pueda proferirse sentencia favorable al demandante, por cuanto constituye uno de los presupuestos de esta, pero no para asumir la calidad de parte en el proceso. En el ejemplo ya citado de la reivindicación no importa que el demandante sea el propietario o el demandado el poseedor. Para tener la calidad de parte en el proceso basta simplemente la capacidad o aptitud para ser sujetos del mismo. Tal calidad de propietario es aspecto que el juez analiza al proferir sentencia y que, si falta, determina una sentencia adversa al demandante.

C) *La que considera como parte a todo aquel que interviene en el proceso reclamando un derecho para sí o para otro.* De acuerdo con esta orientación, la calidad de parte se adquiere por el solo hecho de intervenir en el proceso, sin consideración a que quien lo haga sea o no el titular de la relación material. Entonces, en el ejemplo ya citado, no importa que el demandante reivindicante no sea el propietario, pues habrá tenido la calidad de parte y con él se habrá surtido todo el proceso. La sentencia, desde luego, le será adversa, pero eso es una situación diferente. Figuran como exponentes, entre otros, CHIOVENDA[4], quien la define diciendo que "parte es el que demanda en nombre propio o en cuyo nombre es demandada una actuación de la ley, y aquel frente al cual esta es demandada". Le siguen en esto GOLDSCHMIDT[5], REDENTI[6], ROSENBERG[7], EDUARDO B. CARLOS[8], COUTURE[9] y GUASP[10].

[2] UGO ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1969, pág. 115.

[3] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Edic. Aguilar, 1966, págs. 358 y 359.

[4] GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, 3ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, pág. 6.

[5] JAMES GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pág. 6.

[6] ENRICO REDENTI, *op. cit.*, t. I, págs. 149 y 150.

[7] LEO ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, pág. 211.

[8] EDUARDO B. CARLOS, *Introducción al estudio de derecho procesal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, pág. 161.

[9] EDUARDO J. COUTURE, *Estudios de derecho procesal*, t. III, Buenos Aires, Edic. Depalma, pág. 425.

[10] JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, t. I, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, págs. 183 y 184.

## 2. Importancia del concepto de parte

El concepto de parte es de trascendental importancia en el campo del derecho procesal, ya que de él se derivan varias consecuencias que atañen tanto a quienes tienen la calidad de tales como a los extraños en el proceso.

En relación con las partes, solo a ellas les está permitido realizar actos dentro del proceso y son las únicas afectadas o beneficiadas con la decisión tomada en la sentencia y sus correspondientes consecuencias de la cosa juzgada y las costas. Desde un punto de vista netamente probatorio, solamente las partes están legitimadas para proponer los diversos medios de prueba y participar en la práctica de estos. La parte no puede tener la calidad de testigo, aunque sí puede confesar.

*A contrario sensu*, los terceros, es decir, los extraños al proceso, así sean los verdaderos titulares de la relación sustancial o material controvertida, no pueden realizar ninguna actividad, salvo la de ser testigo o perito o, en general, auxiliar de la justicia. En consecuencia, las decisiones tomadas no los afectan.

## 3. Demandado y demandante

Las partes originales en el proceso son el demandante y el demandado. Por demandante se entiende quien ejerce la acción y formula la pretensión, y por demandado, el sujeto activo de la contradicción y pasivo de la pretensión.

Suelen emplearse con frecuencia los términos actor y opositor. En doctrina se utiliza el vocablo *actor* para referirse al demandante, mientras que el de *opositor* se reserva a quien sostiene los puntos opuestos, o sea, el demandado. En sentido lato, actor es quien genera o da lugar a la instancia, mientras que opositor es la contraparte. Entonces, desde este punto de vista, en la primera instancia el actor es siempre el demandante, pero en la segunda no necesariamente, pues si quien interpuso el recurso fue el demandado, este será quien tiene esa calidad.

Cabe observar que en los procesos de jurisdicción voluntaria jurídicamente no puede hablarse de demandante, puesto que no hay pretensión, que siempre supone contendor, sino de simple petición, por lo cual lo indicado es denominársele peticionario o interesado.

En materia penal las partes adoptan la misma condición, pero, por la naturaleza del asunto, cambia su denominación, que varía de acuerdo al sistema que rija. En efecto, a quien se le atribuye la comisión de un delito en el inquisitivo se denomina sindicado a quien se le vincula en la etapa instructiva y procesado en la del juicio; en cambio, en el acusatorio, de acuerdo a la terminología acogida por nuestro ordenamiento procesal, se le llama imputado en la fase investigativa y acusado en el juicio. En la posición opuesta a este, se encuentra la fiscalía, que le corresponde formular la imputación y la acusación.

### 4. Principios reguladores de las partes

Solamente puede enunciarse un principio regulador de las partes, cual es el de la *bilateralidad de la audiencia,* conforme a la terminología de Kisch[11], consistente en que las dos partes —demandante y demandado— participan en el proceso y dispone de los mismos términos u oportunidades para ejercer los actos tendentes a obtener el reconocimiento de sus derechos.

Este principio es consecuencia de la acción y la contradicción. Mediante la primera el demandante pone en actividad la rama judicial; en virtud de la segunda el demandado se vincula al proceso. Además, con fundamento en ambas, las dos partes participan de todas las actuaciones, etapas y fases que integran el proceso.

Lo dicho se hace extensivo al campo penal, aunque —lo reiteramos— cambia la denominación de las partes, que pasan a ser acusador y acusado, por cuanto también gozan de la mismas oportunidades para hacer valer sus derechos, lo que es relevante en el proceso regido por el sistema acusatorio, sin que signifique que se descarte en el dominado por el inquisitivo.

### 5. Clasificación de las partes

Las partes suelen clasificarse en dos grandes grupos, que miran a la relación sustancial y a la procesal. En sentido material las conciben como aquellas titulares de la relación jurídica sustancial que se discute en el proceso y que pueden no estar presentes en este. Desde el punto de vista procesal o propiamente dicho, es quien interviene en el proceso haciendo valer un derecho para sí, como generalmente ocurre, o para otro, como sucede en la *legitimación extraordinaria.* Se reclama un derecho para sí, que es lo corriente, pero también puede ser para un tercero, como ocurre con el acreedor del prescribiente, que puede reclamar el reconocimiento de la pertenencia en favor de este, con fundamento en lo establecido por el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil.

Aclaramos que al hablar de derecho para otro no se refiere, como se infiere del ejemplo expuesto, al representante de la parte, pues este es solo la persona que actúa en nombre de otro. El representante, de consiguiente, no es parte, sino solo el que obra en nombre de ella en el proceso.

Este segundo grupo es susceptible, de acuerdo con el criterio que se tome en consideración, de ser clasificado, soliendo distinguirse los siguientes:

A) *Según el momento en que intervengan en el proceso*, son originales o intervinientes.

[11] Wilhelm Kisch, *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pág. 121.

a) Las *originales* son las que actúan en el proceso desde cuando la relación jurídico procesal queda integrada, por lo cual tienen esa condición el demandante y el demandado.

b) Las *intervinientes* son los que comparecen al proceso con posterioridad a la constitución de la relación jurídico procesal, es decir, una vez notificado el demandado de la primera providencia, y que lo hacen en virtud de habérseles citado, bien de oficio por el juez o a instancia del demandante o del demandado, o por su propia iniciativa y con el fin de defender su propio derecho o apoyar a una de las partes.

Se refiere a la *intervención de terceros* y comprende, por ende, todas las modalidades que ella presenta, de las cuales nos ocuparemos en forma general en el siguiente capítulo y de cada figura en especial en la parte general del procedimiento civil[12], al cual pertenecen, por encontrar allí su completa regulación, como ocurre con la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía, la integración del contradictorio, etc.; pero, a manera de ejemplo y para ilustrar al lector, citamos el caso del acreedor que comparece al ejecutivo instaurado contra su deudor para obtener que se cancele su crédito con la prelación que la norma le reconoce, o, de no, proporcionalmente con el del ejecutante.

B) *De acuerdo con la titularidad de la pretensión*, pueden ser principales, secundarias o adhesivas.

a) Las *principales* son las que en el proceso sostienen su propia pretensión, sea que el derecho contenido en ella las tenga por titulares o pertenezca a otra persona para quien se pide. Tiene esta calidad el demandante y el demandado. Además, el tercero que interviene al proceso sosteniendo su propia pretensión o derecho, como ocurre con el acreedor que aprovecha el ejecutivo instaurado contra su deudor para obtener que se le cubra su crédito, con la prelación otorgada por la norma o, a falta de ella, proporcionalmente con el del ejecutante.

b) Las *secundarias o adhesivas* son las que actúan en el proceso simplemente para apoyar a una de las partes, sea el demandante o demandado, a fin de evitar que la decisión que se profiera haga más difícil la posterior defensa de sus derechos. Se presenta cuando cursa un proceso en el cual se discute la propiedad de un bien, que ha sido embargado por un tercero. Este tercero puede intervenir para apoyar a la parte en quien se radica el dominio y fue afectada con la medida cautelar.

C) *En relación con la actitud asumida frente a una determinada actuación*, pueden ser activas o pasivas.

[12] JAIME AZULA CAMACHO, *Manual de derecho procesal civil*, Parte general, t. II, 7ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2004, págs. 69 y ss.

a) Las *activas* son las que toman la iniciativa para surtir una determinada actuación. Así, entonces, el demandante es actor del proceso, pero, por su lado, el demandado lo es de sus defensas y, entre ellas, de las excepciones.

b) Las *pasivas* son las que soportan o contra quienes se dirige la actuación. Así, por ejemplo, el demandado es pasivo frente a la pretensión formulada por el demandante, pero este adopta la misma calidad en relación con la excepción o defensa propuesta por aquel.

D) *Por lo referente a la permanencia en el proceso*, son permanentes o transitorias.

a) Las *permanentes* son las que actúan en la totalidad del proceso, así sea que se vinculen a él con posterioridad a su iniciación, como sucede con el tercero cotitular de la relación jurídica sustancial ventilada en el proceso, por ejemplo, en la resolución de un contrato de compraventa celebrado entre varios compradores o vendedores, cuando uno de ellos no es incluido inicialmente y el juez le cita de oficio o a instancia de cualquiera de las partes o concurre por su propia iniciativa (intervención litisconsorcial necesaria).

b) Las *transitorias* son las que intervienen en el proceso para una actuación determinada, generalmente un incidente, surtida la cual quedan desvinculadas, como acontece con quien es ajeno a un ejecutivo y solicita el levantamiento del secuestro por haber sido afectados con esta medida bienes de su propiedad.

E) *Por lo atinente al número de personas que integran la parte*, pueden ser simples o plurales.

a) Son *simples* cuando solo existe la parte demandante y la demandada y cada una está compuesta por una sola persona.

b) Son *plurales* cuando una de las partes o ambas está integrada por varias personas, que configura lo que se denomina *litisconsorcio*, o, aunque solo exista un demandante y un demando, interviene otra persona con una pretensión propia e independiente, como ocurre en el ejecutivo al cual concurre otro acreedor del deudor para obtener también la cancelación de su crédito.

F) *Según la legitimación de la causa*, son necesarias o voluntarias.

a) Las *necesarias* son aquellas cuya presencia en el proceso es indispensable para que pueda proferirse una decisión de fondo, puesto que son cotitulares de una relación material indivisible. Acontece, por ejemplo, cuando se demanda la división de un bien, por cuanto se requiere que al proceso comparezcan todos los comuneros. También en el ejemplo anteriormente citado del contrato de compraventa celebrado por varios compradores o vendedores en que es indispensable la presencia de todos ellos al proceso para que el funcionario judicial pueda proferir una decisión de fondo.

b) *Voluntarias* son las que comparecen al proceso por su propia iniciativa a fin de obtener el reconocimiento de un derecho que es conexo al del demandante. Se presenta en un proceso ejecutivo ya en curso, cuando interviene otro acreedor del deudor para obtener que se cancele su crédito con la prelación que le otorga la ley o, a falta de ella, proporcionalmente con el del ejecutante.

G) *Respecto de la manera como se vinculen al proceso*, pueden ser forzadas o espontáneas.

a) Las *forzadas* son las que en virtud de citación hecha de oficio por el juez o a instancia de cualquiera de las partes quedan vinculadas, aun contra su voluntad, de modo que, una vez recibida la notificación de la providencia que ordena su citación, así no actúen, las cobijan las resultas del proceso, como acontece con el demandado.

b) Las *espontáneas, a contrario sensu*, comparecen por su propia iniciativa, sin que medie citación, o, a pesar de haberla, esta por sí sola no las convierte en partes, como sucede con los acreedores hipotecarios en el ejecutivo en que se persiguen los bienes afectos al gravamen, pues ellos, aun cuando se requiere citarlos, pueden adelantar su propia ejecución para obtener que se les cancele la obligación respaldada con dicha garantía.

### 6. Condiciones para actuar válidamente

Son requisitos que la ley establece para poder adoptar la calidad de parte y ejercer dentro del proceso actos revestidos de validez. Tales requisitos, según nuestro ordenamiento positivo, son la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, porque el derecho de postulación, que anteriormente se reconocía, fue eliminado por el decreto 196 de 1971.

### 7. Capacidad para ser parte

Se concibe como la aptitud para poder asumir la calidad de parte o ser sujeto de la relación jurídico procesal. Al decir parte se emplea este término en su más amplia acepción, esto es, que se refiere tanto a la permanente como a la transitoria, a la originaria como a la interviniente, a la constituida por un simple particular o por un funcionario público, como es el agente del ministerio público en los procesos penales, etc.

La capacidad para ser parte se identifica con la capacidad material o sustancial, puesto que en los procesos se ventilan relaciones de esta naturaleza y, por ende, los llamados a concurrir son los titulares de ella.

Esta identificación no implica en modo alguno —como antes lo aclaramos— que se confunda el concepto de parte con el de titular del derecho discu-

tido o ventilado, sino que quien tiene esta calidad es igualmente apto para ser sujeto del proceso.

De ahí que para el derecho procesal pueda afirmarse el mismo postulado del derecho sustancial: la capacidad o aptitud de ser parte es la regla general y la incapacidad la excepción, muy limitada, por cierto. Puede citarse a las personas jurídicas en el campo penal, donde no pueden tener la condición de sindicados, en razón de su imposibilidad para delinquir, que está circunscrita a las naturales.

La capacidad para ser parte reside en las personas naturales, las jurídicas y los llamados patrimonios autónomos.

A) *Personas naturales.* La persona natural, conforme al Código Civil (art. 74), es todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su sexo, edad, estirpe o condición. La persona natural puede tener la calidad de parte desde el momento en que es concebida en el vientre materno hasta cuando muere o cesan sus funciones vitales. La calidad de parte en el que está por nacer se presenta particularmente en la sucesión de su padre, cuyo derecho queda supeditado al nacimiento.

La persona natural demandante siempre es conocida o determinada, pero no ocurre lo propio respecto a la demandada, por cuanto es factible que no se sepa quién o quiénes son los llamados a tener esa condición en el proceso. Acontece en los procesos declarativos cuando la pretensión se formula contra los herederos de una persona cuya sucesión no se ha abierto y el demandante los desconoce. El artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, que regula ese aspecto, habla de herederos indeterminados, pero es más adecuado el vocablo *desconocidos,* porque lo que ocurre es que el demandante no sabe quienes son.

En otras oportunidades la persona demandada es conocida, por cuanto se tiene certeza de quien es, como ocurre con el acreedor respecto de su deudor, pero no es factible vincularla directamente al proceso por ignorar su domicilio o residencia.

B) *Personas jurídicas.* Nuestro ordenamiento positivo no trae una definición de persona jurídica, como sí lo hace con la natural. El Código Civil (art. 633) se limita a decir que se trata de una persona ficticia y a resaltar sus calidades, como son las de poder ser sujeto de derechos y obligaciones y estar facultadas para actuar judicial y extrajudicialmente. Aprovechando la terminología del precepto, puede decirse que la persona jurídica es un ente ficticio, constituido por un conjunto de personas que se proponen lograr un fin específico.

Las personas jurídicas pueden ser de dos clases: de derecho público y de derecho privado.

a) Las *personas jurídicas de derecho público*, a su vez, tienen dos modalidades o grupos:

a') Las *personas jurídicas de derecho político* son las contempladas en forma genérica en la Constitución Política y se crean mediante una norma inferior. Están constituidas por las llamadas entidades territoriales y tienen esa calidad los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas (Const. Pol., art. 268, inc. 1º). Se excluye la nación y la ciudad de Bogotá, que tiene un régimen especial en su condición de distrito capital, por estar reconocidas ambas en la Constitución Política (arts. 102 y 322, inc. 1º).

b') Las *personas jurídicas sociales* son creadas con fondos oficiales y están destinadas a atender necesidades de carácter colectivo. Su constitución se produce en virtud de una disposición expresa, que puede ser ley, decreto, ordenanza, etc., como es el caso de los institutos o empresas del Estado.

Las personas de derecho público asumen, por regla general (salvo la nación, que siempre existe), su calidad desde el momento en que adquiere firmeza la disposición mediante la cual se les crea y desaparecen una vez se declara su extinción. Pueden, por ende, en ese período, tomar la calidad de partes.

b) Las *personas de derecho privado*, cuya característica consiste en ser creadas por particulares, presentan igualmente dos grupos:

a') *Sin ánimo de lucro*, que no persiguen obtener utilidad, como las corporaciones, fundaciones y sindicatos.

b') *Con ánimo de lucro*, que se proponen fines o ventajas de carácter económico. Son ejemplo de estas las sociedades, con sus variantes de comerciales y civiles.

Las personas de derecho privado tienen la calidad de partes desde cuando cumplen los requisitos establecidos por la ley para que comience su existencia, que serán, en unos casos, la resolución administrativa y, en otros, la escritura pública registrada en la entidad que corresponda, generalmente la cámara de comercio, hasta cuando se verifica la disolución.

C) *Patrimonios autónomos*. El patrimonio autónomo está integrado generalmente por un conjunto de bienes que se encuentran afectos a determinada situación jurídica, generalmente de carácter transitorio, y que tiene a uno o varios titulares que lo representan.

Los patrimonios autónomos son la herencia yacente, la sucesión, la masa del concurso o de la quiebra, la comunidad, la sociedad conyugal y la curaduría del ausente.

a) La *herencia yacente* se presenta cuando fallece una persona y no existe heredero conocido o albacea con tenencia de bienes que acepten la delación o el encargo, respectivamente (C. C., art. 1297 en concordancia con los arts. 581 a 585 del C. de P. C.), y existe desde el momento en que el juez hace la declaratoria correspondiente, que solo puede ser con posterioridad a los quince días del fallecimiento del causante, hasta cuando se presenta heredero o albacea que se encargue de la administración.

b) *La sucesión.* La sucesión ocurre desde el fallecimiento del causante y se extingue con la ejecutoria de la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación de bienes proferida en el proceso respectivo. En ese interregno existe una comunidad de bienes entre los herederos del *de cuius*.

La Corte Suprema de Justicia al respecto sostiene que "la comunidad herencial está caracterizada por comprender cuanto por ley transmite el causante al morir, por activa y por pasiva; por lo indefinido o indeterminado de los elementos positivos y negativos que la componen y por la afectación esencial, necesaria e ineludible del activo por el pasivo hereditario. Pero no es un ente colectivo, no es sujeto de derecho, no es persona; por lo mismo, no puede ser demandada directamente; no tiene en principio representante ni órgano, tiene titulares si, esto es, individuos físicos o jurídicos que han recibido la vocación hereditaria de la ley o del testamento"[13].

c) *La liquidación.* Es una situación jurídica que se produce como conse-consecuencia de la disolución de la sociedad, cuya representación asume el liquidador, concretándose a determinar los bienes que integran el activo, cancelar el pasivo y distribuir el sobrante entre los socios, de acuerdo con el interés o cuota de cada uno de ellos.

La liquidación es *voluntaria* cuando se efectúa por acuerdo de los socios, conforme lo previsto por el Código de Comercio en sus artículos 222 y siguientes, pero adopta la condición de *judicial*, cuando implica actuación ante la rama correspondiente del poder público según la regulación que hace la ley 1116 de 2006, que reemplazó a la ley 222 de 1995.

d) *La comunidad.* Consiste en que sobre un mismo bien varias personas tienen el derecho de dominio. Suele denominársele también copropiedad, por cuanto hay varias personas que participan del dominio de un bien determinado. Esta situación se origina en virtud de varios actos, como puede ser la adjudicación en una sucesión o la liquidación de sociedad o por adquisición directa, terminando cuando el dominio se establece en un solo propietario.

La comunidad no es una persona jurídica, sino —como lo afirma la Corte Suprema de Justicia— "un ente de derecho capaz de contraer obligaciones y adquirir derechos, como se desprende de las disposiciones de los artículos 2323, 2324 y siguientes del Código Civil"[14].

e) *La sociedad conyugal* se forma en virtud del matrimonio y se integra con los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges, pero solo viene a actualizarse una vez se disuelve, lo cual se produce como consecuencia de la muerte de cualquiera de ellos o de la sentencia dictada en los procesos de nulidad, divorcio, separación de bienes o de cuerpos.

En consecuencia, durante el matrimonio cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que se encuentren en su cabeza o dominio, pero,

[13] "G. J.", t. LXXVIII, pág. 329.

[14] Sent., 3 agosto 1943, "G. J.", t. LVI, pág. 27.

una vez disuelta la sociedad conyugal, es en esta donde reside la titularidad de los bienes, supuesto en el cual tienen la calidad de sociales.

f) *La curaduría del ausente.* Ocurre en virtud del desaparecimiento de una persona, sin tener noticia alguna de ella. Tiene existencia desde cuando se hace el pronunciamiento judicial correspondiente hasta cuando regresa o fallece el afectado o constituye apoderado que se encargue de la administración de sus bienes o se decrete la posesión provisoria.

## 8. Capacidad para comparecer

Como anteriormente expusimos, todas las personas, sean naturales o jurídicas, así como los patrimonios autónomos, tienen aptitud para ser sujetos del proceso, esto es, llenan el requisito de la capacidad para ser parte, pero no todas pueden actuar válidamente por sí mismas, por lo cual se requiere acudir a otras. Esa aptitud para poder actuar como parte y realizar actos válidos es lo que se denomina capacidad para comparecer o legitimación *ad procesum.*

A) *Personas naturales.* Es necesario distinguir las dos clases de personas naturales que se presentan en el aspecto procesal, esto es, los capaces y los incapaces.

a) *Capaces.* Esta clase de personas naturales actúan directamente o por sí mismas.

b) *Incapaces.* Los incapaces menores de edad lo hacen por conducto de sus respectivos representantes, que son, en primer lugar, los padres en ejercicio de la patria potestad, y, en subsidio, por el curador definitivo, o, en ausencia de este, por un curador nombrado específicamente para el proceso, que se denomina curador *ad litem.* Al mayor de edad, pero incapaz por demencia o disipación lo representa el curador definitivo que, como consecuencia de esa situación, se le designa. Al que está por nacer en la sucesión de su padre lo representa un curador *ad litem*, que es reemplazado por la madre, con base en la patria potestad, una vez ocurre el nacimiento. El cónyuge menor de edad por el hecho de contraer matrimonio se emancipa y, por ende, se sustrae a la representación de los padres, correspondiendo designarle curador, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 428 de Código Civil.

La representación del sometido a patria potestad radica en cualquiera de los padres, por cuanto ambos tienen iguales derechos, pero, como solo puede actuar uno, si no se ponen de acuerdo, a solicitud de cualquiera de ellos o el juez de oficio le designa curador *ad litem* (C. de P. C., art. 44, inc. 5º).

Cuando el incapaz actúa en un proceso de sucesión por conducto de su representante legal y surge conflicto de intereses entre ambos, lo que determina discrecionalmente el juez, este procede a nombrarle curador *ad litem.* El curador *ad litem* es persona distinta del apoderado constituido por el representante legal (C. de P. C., art. 45, num. 4, inc. 1º).

a') El nombramiento de curador *ad litem* varía según se trate de incapaces relativos o absolutos.

1. *Los incapaces relativos están facultados para designar el curador ad litem*, pero la forma de proceder varía según sean demandantes o demandados. Además, si no hacen la designación o la persona escogida no puede desempeñar el cargo, el juez lo nombra directamente.

En efecto, cuando el incapaz relativo va a demandar, lo manifiesta al juez para que este reconozca el nombramiento. Producido el reconocimiento del curador designado y aceptado el cargo por este, acto con el cual, además, toma posesión, puede ejercerlo y formular la respectiva demanda.

Si el incapaz es demandado, se ordena previamente, mediante auto que se le notifica personalmente, que nombre su curador *ad litem*, procediéndose a reconocer a quien designe o, si no lo hace o el escogido no puede desempeñar el cargo, el juez lo nombra. Al igual que cuando el incapaz va a demandar, el curador designado manifiesta la aceptación y promete cumplir con los deberes del cargo, notificándosele a continuación el auto admisorio de la demanda y surtiendo el correspondiente traslado, si a él hay lugar.

2. *Los incapaces absolutos*. Sin consideración a que vayan a demandar o ser demandados, la designación del curador la hace directamente el juez, previa comprobación de los hechos que acrediten la incapacidad y la ausencia del representante.

En esta hipótesis, si es para demandar, la solicitud la formula el defensor de familia o uno de los parientes, puesto que el incapaz, por su condición, está inhabilitado para hacerlo directamente. El juez, sin embargo, puede de oficio proceder a designar el curador *ad litem*. Si van a ser demandados, esa circunstancia se expone en la demanda para que el juez proceda a efectuar la designación del curador.

En todos las situaciones que requieren provisión de curador *ad litem* es necesario establecer, a lo menos con prueba sumaria, los hechos que constituyen supuesto para ello, esto es, el estado de incapacidad y la ausencia de representante legal, de acuerdo con la modificación introducida por el decreto 2282 de 1989 al artículo 45, numeral 4, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil.

Las personas desconocidas o indeterminadas, como las denomina la norma, comparecen al proceso por conducto de un curador *ad litem*, designado siempre por el juez, previo emplazamiento en la forma prevista por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a todas las restantes ramas que llenan sus vacíos con las normas de dicho ordenamiento.

Para que proceda el emplazamiento es necesario que en la correspondiente demanda el interesado afirme, bajo la gravedad de juramento, que se entiende prestado por la presentación del escrito, que desconoce el domicilio o residencia del demandado.

Hay también necesidad de emplazar y luego designar el correspondiente curador *ad litem* en caso que la dirección en la demanda no se encuentre o, a pesar de ser la correcta, no reside allí el demandado, como lo prevé el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, el cual se remite el artículo 318 ibídem, aplicable en las restantes ramas que no contemplan expresamente el punto y como norma supletoria.

B) *Personas jurídicas.* Estos entes comparecen al proceso por conducto de su representante legal, convencional o constitucional, de acuerdo con lo previsto en el acto que las crea o constituye.

a) *Entidades de derecho público.* Es preciso distinguir las dos modalidades que ella presenta, o sea, las denominadas de carácter político y las sociales.

a') *Las de derecho político.* La representación varía para cada una de las distintas personas que tienen esa calidad.

1. *Nación.* La nación es representada ante cualquier órgano judicial y sin consideración a la condición en que actúe, es decir, tanto demandante como demandada, por el ministro del ramo al cual corresponda el asunto materia de la litis. Sin embargo, es factible que el ministro delege esa facultad en un funcionario determinado.

2. *Departamentos.* La representación de los departamentos y de las antiguas intendencias y comisarías, que adoptaron esa calidad según lo dispuso el artículo 309 de la Constitución Política de 1991, radica, conforme al artículo 303, inciso 1º, de la misma Carta Fundamental, en el respectivo gobernador, sin consideración al órgano judicial ante el cual tenga que actuar y de la posición que adopte en el proceso, pero requiere otorgar poder si no es abogado o si el proceso se adelanta fuera de su sede, al tenor de lo estatuido por el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil.

3. *Municipios.* Los municipios —incluido el hoy llamado distrito capital, pues el régimen en ese aspecto es común— son representados, sin consideración ante el órgano judicial que actúe y la posición que adopte en el proceso, por el alcalde, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 314 de la Constitución Política de 1991.

Dicho precepto constitucional le puso fin a la dicotomía que existió en algunos aspectos en la ciudad de Bogotá, en que la representación recaía en el alcalde, cuando se trataba de asuntos administrativos, pero la tenía el personero en lo judicial, correspondiéndole actuar como demandante o demandando y ante cualquier despacho u órgano judicial (decr.-ley 3133 de 1968, arts. 16, ord. 1º, y 39).

b') *Personas jurídicas de derecho público sociales.* La representación de esta clase de personas radica en la persona a quien la norma que las crea le atribuya esa función, generalmente el gerente o administrador.

b) *Personas jurídicas de derecho privado.* Se distinguen dos clases de personas jurídicas de derecho privado, de acuerdo con su nacionalidad, por tener regulación diferente: las colombianas y las extranjeras.

a') De nacionalidad colombiana. La representación de este tipo de personas jurídicas recae en quien designen los respectivos estatutos, que puede ser el presidente, gerente o administrador, etc. Sin embargo, cuando se trata de demandar a una sociedad por una operación efectuada en cualquiera de sus sucursales o agencias, la representación la lleva el representante de estas o el apoderado constituido al efecto y, a falta de los dos, el empleado a quien le corresponda la dirección (C. de P. C., art. 49). En la etapa de liquidación de la sociedad el representante es el liquidador.

El actual Código de Procedimiento Civil, que tiene el carácter de norma general en este aspecto, previó la solución para cuando el demandante desconoce la oficina donde se hallen los documentos tendentes a establecer la existencia de la sociedad o la persona que ejerce la representación, al preceptuar que el funcionario judicial ordenará, en el auto admisorio de la demanda, que el demandado indique el despacho donde está la prueba o que la acompañe a la contestación de la demanda (art. 78).

Cuando la persona jurídica tiene varios representantes o mandatarios generales distintos de los previstos por los estatutos, puede demandársele por conducto de cualquiera de ellos, aunque no estén facultados para obrar separadamente (C. de P. C., art. 44, inc. 4º).

b') Extranjeras con negocios permanentes en Colombia. Es indispensable que la sociedad, no solo por el lugar en que se constituye sea extranjera, sino que tenga negocios en Colombia, de manera transitoria, ocasional o permanente.

Este tipo de entes tienen el deber de constituir apoderado que las represente para todas las actividades que van a llevar a cabo y, si carecen de él, la representación radica en el director de la oficina o la sucursal y, en ausencia de ambos, previa manifestación que haga el demandante en la demanda, bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado por la presentación personal del escrito, se procede, previo el respectivo emplazamiento, a designarles curador *ad litem* (C. de P. C., arts. 78, num. 3, y 318).

C) *Patrimonios autónomos.* Se representan de diversa manera, según las características de cada uno de ellos.

a) *La herencia yacente y la curaduría del ausente* son representadas por el curador *ad litem* que al efecto designa el juez de la lista de los auxiliares de la justicia dentro del respectivo proceso, asumiéndola desde que se le discierne el cargo hasta cuando culmina la respectiva actuación (C. de P. C., art. 583 y C. C., arts. 561 y 569).

b) La *sucesión* tiene como sus representantes a los herederos, a quienes se considera continuadores de la persona del causante (C. C., art. 1008, inc. 1º).

Sin embargo, aun cuando esta es la regla general no siempre tiene ocurrencia, por cuanto si el causante designa albacea con tenencia de bienes, una vez que este acepte el encargo, asume la representación de la sucesión (C. C., art. 1353).

Para resaltar la forma como interviene o actúa la sucesión, la Suprema Corte de Justicia dice que "cuando se demanda a la sucesión o para la sucesión la parte demandada está constituida por todos los herederos y la parte actora lo está por el heredero o los herederos que piden para la comunidad. Por un imperativo del lenguaje se habla en uno u otro caso de la sucesión; pero bien analizadas las cosas detrás de esta colección de bienes se perciben los herederos como personas físicas"[15].

c) *La liquidación* es representada por el liquidador, que en la voluntaria lo designan los socios y en la judicial el funcionario correspondiente, en unos casos el juez y en otros la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con la naturaleza del asunto.

El liquidador representa al deudor sujeto a la liquidación judicial unicamente en las asuntos de carácter patrimonial, excluidos, por tanto, los relativos a cuestiones personales, como la filiación extramatrimonial, en que el interesado actúa directamente.

d) La *comunidad* es representada por los comuneros o condominios, salvo que hayan designado administrador, pues entonces este es el representante. Sin embargo, es factible que uno solo de los comuneros demande, esto es, por activa, en favor de la comunidad, mientras ello no es posible por pasiva o para ser demandado, pues entonces es necesaria la presencia de todos los comuneros.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia sostiene que "la especie de solidaridad establecida por el artículo 2525 del Código Civil, no implica representación recíproca de los comuneros ni representación de la comunidad desde el punto de vista de la personería pasiva, en forma que pudiera entenderse que notificada una demanda a un comunero quedaran los demás por ese hecho vinculados a los términos y resultados de la *litis*"[16].

Situación diferente ocurre cuando se controvierte el derecho en particular de un copropietario, porque entonces solo este es el llamado a actuar como demandante o demandado. Por ejemplo cuando el comunero constituye hipoteca sobre cuota de dominio y el acreedor que tiene esa garantía adelanta el correspondiente proceso ejecutivo. O bien, cuando tiene que controvertir su cuota de la persona de quien deriva ese derecho.

e) *La sociedad conyugal* tiene como representantes a los cónyuges o a quienes tuvieren esa calidad. Decimos que cónyuges, pues en algunas situaciones en que se produce la disolución de la sociedad conyugal ellos conser-

[15] "G. J.", t. XLIII, pág. 789.

[16] Sent., 26 julio 1939, "G. J.", t. XLVIII, pág. 428.

van esa calidad, como en la separación de cuerpos, mientras que en otros la pierden, como el divorcio y la nulidad de matrimonio.

Sin embargo, la regla anterior tiene una excepción, que se presenta como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges, por cuanto la representación entonces radica en el sobreviviente y los herederos del fallecido, por ocurrir situación idéntica a la de la sucesión.

"Los derechos de la sociedad conyugal ilíquida —dice la Corte Suprema de Justicia— pueden hacerse efectivos judicialmente por los copartícipes en esta comunidad, o sea, el cónyuge sobreviviente y los herederos del *de cuius*, no siendo necesaria la concurrencia de consuno de uno y otro para el ejercicio de las acciones que favorecen a la comunidad; pero también ha establecido que para demandar debidamente a la sociedad conyugal ilíquida y obtener sentencia condenatoria que produzca sus efectos contra el cónyuge sobreviviente y los herederos, deben comparecer todos dentro del proceso"[17].

## 9. Derechos, deberes, obligaciones y cargas procesales

Los deberes, las obligaciones y las cargas constituyen o integran lo que Couture[18] denominó *imperativos procesales*, en razón de ser mandatos que es necesario observar, so pena de incurrir en determinadas sanciones.

Cabe advertir que los deberes no son exclusivos de las partes, puesto que se extienden al funcionario judicial, conforme lo explicamos en su momento, y que, además, incluye a terceros o extraños al proceso.

A) *Derechos procesales*. Los derechos de las partes están constituidos esencial o primordialmente por la acción y contradicción, que tienen como titulares, conforme lo analizamos en su lugar, al demandante y al demandado, respectivamente.

Así mismo, el origen de dichos derechos, también como lo dijimos antes al tratar de esas instituciones, reside en un principio constitucional que garantiza a toda persona el derecho de acceder a la administración de justicia y el debido proceso, que consagran los artículos 229 y 29 de la Carta Política.

B) *Deberes procesales*. Es el acatamiento a ciertos mandatos legales o judiciales, que tienen por objeto permitir el desarrollo normal del proceso y cuya inobservancia implica sanción de tipo económico o privativa de la libertad.

Entre nosotros el actual Código de Procedimiento Civil, a diferencia de lo que ocurría con el anterior, enuncia en su artículo 71 los deberes que a las partes les corresponde observar. Sin embargo, la enumeración efectuada por dicho precepto contiene algunos aspectos que no tienen la calidad de deberes, sino que

[17] "G. J.", t. LXXXII, pág. 418.

[18] Eduardo J. Couture, *op. cit.*, pág. 109.

encuadran dentro de las cargas, como es el de comunicar al despacho donde cursa el proceso el cambio de dirección para efectos de las notificaciones.

Los deberes comprenden el *de lealtad y buena fe, obrar sin temeridad*, no solo en cuanto a la proposición de las pretensiones o defensas, sino en el ejercicio de los derechos procesales; *abstenerse de usar expresiones injuriosas* en sus escritos y exposiciones orales; *guardar el debido respeto al juez*, a los empleados de este, a las partes y a los auxiliares de la justicia; acatar las órdenes impartidas por el juez; y, finalmente, *abstenerse de hacer anotaciones marginales o interlineadas*, subrayados o dibujos de cualquier clase en el expediente.

Respecto de la lealtad y buena fe, significan que la conducta asumida por las partes se dirija a lograr una recta administración de justicia, que no se desfigure la realidad de los hechos controvertidos, ni se aprovechen indebidamente las oportunidades procesales.

Complementa el anterior la ausencia de temeridad o mala fe, que constituye el lado opuesto o revés de la medalla, que se estructura —conforme a la enumeración del artículo 74 del Código de Procedimiento Civil— por la falta de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso u oposición, vale decir, carecer lo impetrado de asidero o respaldo positivo; cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad; utilizar el proceso, incidente o recurso para fines ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; y cuando se entorpece el proceso, mediante el empleo de recursos, incidentes, etc.

La inobservancia del deber de lealtad y buena fe, así como su complementario o correlativo de ausencia de temeridad o mala fe, se sancionan con la condena al pago de los perjuicios que esa conducta cause a la otra parte o a terceros.

Dicha condena se impone de oficio por el juez y se liquida, en el supuesto que su valor no se encuentre determinado, mediante el incidente que con tal efecto establece el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y, si el proceso no hubiere concluido, por los trámites de un proceso verbal, conforme a lo previsto por el artículo 72, ibídem.

Respecto de las restantes causales que constituyen deberes, la sanción por su no acatamiento se contrae en su mayoría a multas y, excepcionalmente, por la privación de la libertad, conforme al régimen disciplinario que establece la ley.

En relación con los terceros o extraños al proceso —como ya lo manifestamos— también existe el cumplimiento de ciertos deberes, que se materializan cuando ellos tienen que actuar en calidad de testigos y peritos (órganos de prueba) o para facilitar la realización de un acto procesal cualquiera (inspección judicial, etc.).

C) *Obligaciones procesales*. Estas no difieren de lo que esa figura es en el campo del derecho sustancial, vale decir, el vínculo jurídico existente entre dos sujetos, en virtud del cual uno de ellos —que asume la calidad de acreedor— puede exigir de otro —que pasa a ser deudor— el cumplimiento de una

prestación. La diferencia estriba en la fuente que genera una y otra, pues mientras que la sustancial proviene del acto jurídico, el hecho ilícito, el enriquecimiento sin causa o la ley, conforme a la clasificación más aceptada por la doctrina, la procesal emana del proceso y de un acto realizado dentro de este.

En consecuencia, de acuerdo con lo anterior, puede decirse que la obligación procesal es el vínculo jurídico que surge entre dos sujetos del proceso, o uno de ellos con un tercero o extraño, como consecuencia de una actuación procesal, en virtud del cual uno, que adopta la condición de acreedor, puede exigir del otro, que pasa a ser deudor, el cumplimiento de determinada prestación. Acontece, por ejemplo, con la parte que solicita el dictamen pericial y tiene la obligación de cancelar los honorarios correspondientes.

Pero la inobservancia del deber procesal, cuando implica la imposición de una multa, se torna en obligación procesal, cuyos sujetos están constituidos por el afectado, como deudor, y el Estado, en calidad de acreedor.

a) *Las costas.* Es la principal obligación procesal, y consiste en la cantidad que la parte vencida en el proceso o en determinada actuación le corresponde pagar a la vencedora por concepto de los gastos útiles o necesarios que esta haya realizado como consecuencia de esa gestión.

Implica que todos los gastos del proceso corran a cargo de una parte, la cual no solo sufraga los causados por ella, sino los efectuados por su contraparte. Su justificación —como afirma CHIOVENDA— "encuéntrase en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de la cual se realiza; siendo interés del comercio jurídico que los derechos tengan un valor posiblemente puro y constante".

a') *Criterios para determinarlas.* Han existido varios criterios para determinar la imposición de las costas. Suelen distinguirse los siguientes:

1. De *índole subjetiva*, que se funda en la intención e impone la condena a la parte vencida en el proceso, siempre que hubiese obrado de mala fe, por lo cual asume la calidad de pena para el litigante temerario.

2. De *carácter objetivo*, por basarse en la sola circunstancia de la erogación, que ofrece dos variantes, a saber:

2.1. Que cada cada parte cubra sus propios gastos.

2.2. Que la condena corra a cargo de la parte vencida y por ese solo hecho.

3. De *índole mixta.* Es de origen alemán y acogido por nuestros ordenamientos procesales y se funda exclusivamente en el resarcimiento del perjuicio sufrido por el vencedor. La adopción de este sistema radica en la dificultad para estructurar o demostrar la mala fe en el obrar que caracteriza al subjetivo y la injusticia que la parte vencida tenga que cubrir sus propios gastos, que distingue a uno de los objetivos.

b') *Imposición.* La condena en costas se impone de oficio por el juez en las siguientes providencias:

1. *Sentencias.* Comprende la proferida en única, primera y segunda instancia, casación y revisión.

La condena se impone —como lo dijimos— a la parte vencida; sin embargo, si la demanda, esto es, la pretensión, no prospera en su totalidad, el funcionario judicial puede omitir la condena o imponerla parcialmente, exponiendo las razones o fundamentos de su decisión.

En la segunda instancia solo se condena al recurrente cuando se confirma en su totalidad la de primera, pues, si es parcial, el funcionario judicial se abstiene de imponerla o lo hace parcialmente.

Cuando la sentencia de segundo grado revoca en su totalidad la del inferior, se condena al recurrente a pagar las costas causadas en las dos instancias.

2. *Autos interlocutorios.* Hay lugar a imponer condena en costas en los siguientes autos de carácter interlocutorio:

2.1. *El que desata un incidente.* Al utilizar el vocablo incidente se refiere a todos los que deciden una actuación de esa naturaleza, cualquiera que sea su trámite, comprendiendo, por tanto, los que hemos denominado típicos u ordinarios, como los atípicos o especiales.

2.2. *El que decide la apelación.* Se refiere a la providencia mediante la cual se resuelve la apelación interpuesta contra un auto.

La norma no dice cómo proceder para imponer las costas cuando el superior confirme la decisión del inferior o la revoque total o parcialmente. Como se trata de situaciones iguales a las previstas con relación a la apelación de la sentencia y que expusimos anteriormente, consideramos que también se aplica para la de autos.

2.3. *El que acepta el desistimiento.* La condena en costas se impone a la parte que desiste y como la norma no hace distinción de la modalidad, significa que comprende tanto cuando es de la pretensión como la de una actuación determinada, salvo cuando se trata de un recurso que se surte ante el superior, como la apelación y casación, y se formula ante el funcionario judicial que lo concede (C. de P. C., art. 345, inc. 2º).

2.4. *El que decrete la perención.* La perención, que consagraba el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, extensivo a las demás ramas que seguían sus lineamientos, fue derogada por la ley 794 de 2004, pero subsiste en el contencioso administrativo imponiéndose las costas al demandante particular y cuando no se trate de simple nulidad, como lo preceptúa el artículo 148 del correspondiente ordenamiento procesal. Asimismo en el ejecutivo civil, que consagra la ley 1285 de 2009.

2.5. *El que declare una nulidad.* Se impone a la parte que dio origen a la nulidad y cuando el juez la declara de oficio y por tratarse de una causal insaneable, pues, si es a instancia de parte, queda subsumida en otra situación (C. de P. C., art. 146, inc. 2º).

En efecto, si la parte la propone en el curso de la primera, de la segunda instancia o en el del cumplimiento de la sentencia, cuando es viable en esta oportunidad, se tramita como incidente y, entonces, encaja en los autos que deciden este tipo de actuación. Cuando se invoca como causal de casación o revisión, como estos recursos se deciden mediante sentencia, encuadra en la condena prevista en de esta clase de providencias.

c') *Exención.* En el texto original del Código de Procedimiento Civil se consagró la exoneración total de condena en costas a la nación, los departamentos, municipios y el amparado por pobreza, pero la reforma efectuada al artículo 393 por el decreto 2282 de 1989 la modificó en el sentido de limitarla a las agencias en derecho y al impuesto de timbre.

Es decir, cuando una entidad de las mencionadas es vencida, el juez impone la correspondiente condena en costas, pero al efectuar la liquidación no puede incluir agencias en derecho, ni los timbres cubiertos por la parte favorecida. Las restantes expensas, como copias, honorarios de auxiliares de justicia, etc., sí se toman en cuenta y, por ende, le corresponde cubrirlas a tales entes.

Como la norma es taxativa, se limita a los entes mencionados, esto es, nación, departamento y municipios, por lo cual otras entidades de derecho público, como los institutos descentralizados, no quedan cobijadas por la exoneración consagrada y, por tanto, la condena en costas a cargo de ellas comprende todos los gastos efectuados por la contraparte favorecida.

El inciso 2º del numeral 2 del artículo 393, por virtud de la reforma introducida por el decreto 2282 de 1989, estableció que no podría imponerse condena en agencias en derecho a favor de la nación, los departamentos, municipios, con lo cual modificó el texto original, que solo consagraba esa prohibición cuando tales entes actuaban directamente por conducto de su representante, por realizar una labor inherente a su cargo, lo cual no acontecía si constituían apoderado. Además, incluyó a las instituciones financieras nacionalizadas, como son los bancos adquiridos por el Estado en razón de su situación económica y para evitar un descalabro en el sistema financiero. Empero, el citado inciso 2º, en su totalidad, con buen criterio, fue declarado inexequible por sentencia de la sala plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 25 de abril de 1991, con ponencia del magistrado Pablo J. Cáceres.

La reglamentación anterior solo obra en el civil, por cuanto en lo contencioso administrativo, el artículo 171 del código de la materia preceptúa que solo hay condena en costas para el litigante particular vencido en el proceso, lo cual implica que se exonere en forma total a las entidades de derecho público, sin distingo alguno, que actúan en procesos de competencia de esa jurisdicción. Sin embargo, el artículo 55 de la ley 446 de 1998, modificó el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, en el sentido de aplicar al respecto lo preceptuado por el Código de Procedimiento Civil, imponiendo la condena en costas a la parte vencida, sin exclusión alguna, con lo cual la hizo extensiva a las entidades de derecho público.

En todos los campos y providencias en que corresponde efectuar condena en costas el funcionario se abstiene de hacerlo cuando no se causan, como acontece si la parte que podía beneficiarse con ellas no efectúa gestión alguna, lo cual ocurre, por ejemplo, por no hacer uso del término de traslado en la apelación de un auto.

d') *Gastos que comprende.* Las costas comprenden —como dijimos al definirlas— los gastos útiles realizados en el proceso, lo cual significa que se incluye el valor de los honorarios de los auxiliares de la justicia (peritos, testigos, etc.), el de las diligencias (transporte, etc.) y las denominadas agencias en derecho, que se consideran como una retribución por lo que la parte vencedora le cancela al abogado que la representa en la actuación o el proceso y cuya estimación la hace el juez conforme a la actuación realizada y con base en las tarifas del cuerpo de abogados de la localidad, siempre que hayan sido aprobadas por el Ministerio de Justicia, o, a falta de ellas, por las del distrito judicial más cercano. En ningún caso el monto de las agencias puede exceder el máximo señalado en la respectiva tarifa.

La fijación de las *agencias en derecho,* en la práctica, particularmente en los órganos de mayor jerarquía, tenían el carácter de simbólicas, pues se estimaban en cantidades mínimas; el decreto 2282 de 1989, al modificar el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, introdujo un cambio importante, por cuanto cambió el término *tener en cuenta* por el de *deberán*, para referirse a las tarifas de los colegios de abogados, con lo cual estas quedaron de forzoso acatamiento o aplicación.

e') *Liquidación.* La liquidación se realiza después de ejecutoriada la providencia que impone la condena. El juez, mediante auto de cúmplase —puesto que solo contiene una orden para el secretario— dispone llevar a cabo la liquidación y fija la cantidad en que estima las agencias en derecho.

El secretario procede a realizar la liquidación, incluyendo todas las partidas pertinentes y de acuerdo con el monto que aparezca demostrado en el proceso o, a falta de él, como ocurre con las copias y notificaciones, conforme al señalado por la ley.

Luego, sin entrar al despacho, se mantiene en la secretaría por tres días, previa notificación por traslado, para que las partes puedan objetar la liquidación, lo que consiste en formularle reparos, bien porque se excluyeron partidas causadas o se incluyeron por valor diferente del real o las que aparecen no se causaron.

Así mismo, puede formular la *retasa* u objeción a las agencias en derecho. Ha sido usual que la retasa se limite a formularle reparos a la cantidad para que sea aumentada o disminuida, según el caso; pero es viable acudir a un dictamen pericial, si la parte lo estima conveniente, ya que la norma dice que cuando se solicite, con lo cual la deja en libertad de utilizarlo o no.

El dictamen pericial se rinde dentro de los cinco días siguientes, sin necesidad de traslado, pues no es objetable, y es de obligatoria aceptación por el funcionario judicial, salvo que estime adolece de error grave, supuesto en el cual así lo manifiesta y hace la correspondiente regulación.

Propuesta la objeción o la retasa, el funcionario judicial decide, previo traslado por dos días a la contraparte, el cual se surte en la secretaria, a fin de darle oportunidad para que exponga sus argumentos.

Cuando las partes guardan silencio durante el traslado o expresamente manifiestan su conformidad con la liquidación, esta se aprueba mediante auto, no susceptible de recurso alguno, porque es consecuencia de la conducta anterior asumida por los litigantes. Sin embargo, en caso de objeción y cuando se formula contra las agencias en derecho, la providencia que la decide es susceptible de apelación en el efecto diferido a instancia del deudor de ellas o en el devolutivo si lo interpone el acreedor.

f') *Manera de hacerlas efectivas*. Las costas y su respectiva liquidación son exigibles una vez se ejecutoría el auto que las aprueba. El Código de Procedimiento Civil establecía una sanción para la parte que adeudaba costas y no las cancelaba en su oportunidad, consistente en no oírla o abstenerse de atender sus peticiones. El decreto 2282 de 1989 suprimió esa sanción del artículo 393, por lo cual, en la actualidad, si la parte deudora de las costas no las paga voluntariamente, al acreedor le corresponde instaurar proceso ejecutivo ante el juez que sea el competente, por no existir regla especial al respecto, con la copia de la providencia que las impuso, la correspondiente liquidación, el auto que las aprueba o reforma, su notificación y la constancia secretarial de encontrarse ejecutoriado. Sin embargo, cuando la condena en costas se impone en la sentencia, la parte favorecida con ella puede adelantar la ejecución para cobrarlas, extensiva a las causadas en su favor en el curso del proceso, ante el mismo funcionario que profirió esa providencia y sobre el mismo expediente, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 335 del Código de Procedimiento Civil.

D) *La carga procesal*. Es quizás el aspecto de mayor interés, porque prácticamente con base en ella las partes actúan dentro del proceso. Puede concebirse como la facultad que tienen las partes para realizar o no determinado acto procesal, pero que, si se abstienen de efectuarlo, les acarrea consecuencias jurídicas adversas[19].

Los ejemplos que pueden citarse de carga procesal son innumerables, pues es posible afirmar que cada acto realizado por la parte es la observancia de ella.

[19] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uthea, 1944, t. I, pág. 410; EDUARDO J. COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1948, pág. 143; GIAN ANTONIO MICHELI, *La carga de la prueba*, págs. 59 y 104; LEO ROSENBERG, *La carga de la prueba*, págs. 49 a 53; HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal*, 9ª ed., t. III, *Pruebas judiciales*, Bogotá, ABC, 1988, pág. 146.

El demandante puede demandar o abstenerse de hacerlo, el demandado contestar la demanda o no; pero la conducta pasiva en ambos casos determina, para el primero, el que no obtenga la protección judicial al derecho que estima vulnerado, y, para el segundo, un indicio en su contra y la consiguiente pérdida de la oportunidad para pedir pruebas, proponer ciertas defensas, etc. La parte afectada con una providencia puede proponer el correspondiente recurso o no, pero si no recurre, la decisión adquiere firmeza y debe cumplirse.

Por lo anterior y por actuar determinado por el deseo de evitar un perjuicio, es por lo que se afirma que la carga procesal constituye un *imperativo del propio interés*. Ese es uno de los aspectos que diferencian a la carga del deber y la obligación, por cuanto estos son *imperativos ajenos*, porque están consagrados en interés de otro sujeto.

Además, en la carga hay libertad total para que el sujeto actúe o no, mientras que en el deber y la obligación el beneficiado dispone de los medios coercitivos necesarios para determinar que el afectado asuma la conducta que ellos imponen.

En la carga, su inobservancia solo implica que su titular soporte las consecuencias jurídicas adversas, que se traducen en un pronunciamiento desfavorable; en cambio, en el deber y la obligación, su incumplimiento envuelve sanción, que puede ser, desde una simple multa hasta la privación de la libertad.

Como una variante o especie del género carga procesal, existe la carga de la prueba, relativa al aspecto probatorio y a la trascendencia que este tiene en el proceso con respecto a la decisión. En efecto, la carga de la prueba no solo atañe a las partes y, concretamente, a determinar a cuál de ellas le interesa demostrar los hechos, sino que cumple función trascendental para el juzgador, por indicarle la manera como le corresponde fallar, que consiste en que la decisión sea adversa a la parte que no cumplió con ella[20].

[20] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, pág. 149.

## Capítulo VIII

## LOS APODERADOS JUDICIALES

### 1. Generalidades

Se entiende por apoderado judicial la persona que asume la representación de otra u otras en un proceso o actuación judicial determinada.

En el artículo 40 de la Constitución y en virtud de la reforma de 1945 se estableció que nadie podría litigar en causa propia o ajena si no es abogado titulado, criterio reiterado en el artículo 229 de la Constitución Política de 1991.

Aun cuando a partir de 1945 es obligatorio llenar la calidad de abogado para actuar ante la rama judicial, su omisión no implica nulidad del trámite, por limitarse a una simple irregularidad que solo genera sanciones de otro tipo, como es el ejercicio ilegal de la profesión, de acuerdo con lo previsto por el decreto 196 de 1971, artículo 25.

Se desprende de lo expuesto que son dos los aspectos relativos al tema que nos ocupa en el presente capítulo, a saber: de una parte, lo concerniente al abogado o el régimen legal que existe al efecto, y, de otra, lo relativo a la representación o la manera como la persona que reúne las mencionadas calidades puede actuar a nombre de otra persona.

## **Sección I.** *Abogados*

### 2. Origen

El abogado tiene sus orígenes en los primeros tiempos del derecho romano. Se atribuye a Rómulo la institución, representada inicialmente por personas llamadas *patroni*, que tenían la función de asesorar en forma gratuita a los litigantes. Durante el régimen de las acciones de la ley, los únicos que utilizaron a los *patroni* fueron los patricios, quienes solían retribuir los consejos de aquellos con dádivas o mercedes.

En el sistema formulario la institución adquirió las características de una verdadera profesión, dejando de ser gratuita y honorífica para convertirse en remunerada. Era ejercida por verdaderos jurisconsultos, llamados *advocati*, término que vino a reemplazar al de *patroni* y de donde proviene la denominación actual. Sus funciones continuaron limitándose a la de asesorar mediante

consejos, pero sin que implicara representación. Esta estuvo radicada en los procuradores y *cognitores*, que eran auténticos mandatarios judiciales, cuya diferencia estribaba en la manera de ser designados y los requisitos que debían cumplir para el desempeño de su encargo.

En el bajo Imperio desaparecen el procurador y el *cognitor*, y son reemplazados por el defensor que, a su vez, se distinguía en de presentes y de ausentes. Quien asume, sin embargo, la calidad de abogado en el sentido en que hoy lo conocemos, o sea, con derecho a la representación, es el *advocatus*, que ya para la época de JUSTINIANO estaba organizado en colegios y corporaciones de carácter gremial, encargadas de velar por el decoro de la profesión y la defensa de sus miembros, y cuyos servicios eran retribuidos mediante el pago de honorarios.

### 3. CLASES

De acuerdo con nuestro régimen legal vigente, existen cinco clases de personas que pueden actuar o litigar en causa propia o ajena, cuya diferencia estriba en la calidad del título y la mayor o menor amplitud con que están facultados para ejercer la profesión, a saber:

A) Los *doctores*. Son aquellos que con antelación a la vigencia del decreto 80 de 1980 obtuvieron ese título otorgado por una universidad reconocida por el gobierno colombiano.

Después de la vigencia de dicho decreto el título de doctor se reservó, como es lógico, para quienes realicen los correspondientes estudios de postgrado, por lo cual quedó únicamente como calidad académica.

Los doctores pueden ejercer la profesión sin límite alguno, es decir, que están facultados para actuar desde los juzgados municipales hasta los tribunales más importantes, como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

B) Los *abogados*. Dos clases de título de abogado existen en nuestro medio, en cuanto a su origen y facultad para ejercer la profesión.

a) *Quienes lo obtuvieron con base en el decreto 970 de 1970*. Se otorgó a los que dentro de la vigencia del mencionado decreto culminaron sus estudios de derecho o que habiéndolos terminado con antelación no habían obtenido el título de doctor, y siempre que tuvieran una experiencia en el desempeño de cargos de índole jurídica por un período no inferior a dos años.

Aunque la norma pertinente al título de abogado del mencionado decreto fue declarada inconstitucional, quienes lo recibieron conservan esa calidad, por tratarse de un derecho adquirido que no puede desconocerse.

Estos abogados están facultados para actuar ante los juzgados municipales y en los de circuito, pero únicamente en primera instancia. No pueden ejercer, por tanto, en los tribunales superiores ni en la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

b) *Quienes obtuvieron el título en vigencia del decreto 80 de 1980.* Este ordenamiento —según dijimos anteriormente— cambió el título de doctor que existía por el de abogado, que es el requisito exigido por la Constitución Política y habilita para ejercer la profesión sin límite alguno, vale decir, ante cualquier autoridad jurisdiccional. El título de doctor, como es lo usual, queda referido a quienes cursan los correspondientes estudios de postgrado.

c) *Los abogados admitidos.* Fueron aquellos que con antelación a la reforma constitucional de 1945 obtuvieron su aceptación como tales en virtud de aprobar un examen de idoneidad profesional ante el tribunal superior, aunque no hubieran cursado los estudios correspondientes de derecho. Se les facultó para litigar sin restricción alguna.

d) *Los egresados.* Aquellos que han terminado sus estudios de derecho, esto es, que han aprobado, sin materias pendientes, el último año. Están facultados para ejercer la profesión durante dos años, contados a partir de la fecha de terminación de sus estudios y solamente en las actuaciones adelantadas ante los jueces municipales, excluida la segunda instancia ante el de circuito.

e) *Los miembros de los consultorios jurídicos.* Son los estudiantes de los dos últimos años de la carrera de derecho, que están habilitados para absolver consultas a las personas de escasos recursos económicos y para atender los casos de mínima cuantía.

## 4. Requisitos para litigar

Además de la calidad de abogado, para poder litigar es indispensable estar provisto de la tarjeta profesional correspondiente, que expedía el Ministerio de Justicia, en la actualidad el Consejo Superior de la Judicatura, por virtud del artículo 122 de la ley 270 de 1996, previa aceptación por parte del tribunal superior, mediante un proceso que permite a cualesquier persona oponerse con base en las causales que al respecto establece la ley. Los egresados no requieren la tarjeta profesional, sino licencia provisional, la cual, por tanto, la reemplaza.

La tarjeta profesional se presenta al secretario del despacho judicial a quien se dirija la primera petición que se lleva a cabo y se anota en todo escrito que suscriba el profesional. Estas formalidades son indispensables para que pueda dársele curso a cualquier solicitud.

## 5. Excepciones para litigar sin ser abogado

La regla general consiste en que se requiere ser abogado titulado e inscrito para litigar en causa propia o ajena. Sin embargo, la ley ha consagrado ciertas excepciones, que obedecen, en unos casos, a que la actuación, en razón de su brevedad o urgencia, no permite la consecución de un abogado, como ocurre

en una diligencia de embargo, y, en otros, a la poca importancia económica del asunto o a la ausencia de profesionales en algunas localidades o municipios.

Las excepciones son las siguientes:

A) *En el ejercicio del derecho de petición y de las acciones públicas* consagradas por la Constitución y las leyes.

B) *En los procesos de mínima cuantía.*

C) *En las diligencias de conciliación y en los procesos laborales de única instancia.*

D) *En los actos de oposición en las diligencias judiciales o administrativas*, tales como secuestros, entrega o seguridad de bienes, posesión de minas u otros análogos; pero la actuación judicial posterior que se derive como consecuencia de la oposición, debe ser patrocinada por un abogado titulado, cuando lo exija la ley (decr. 196 de 1971, art. 28).

E) *En los asuntos que conocen los funcionarios de policía*, que se ventilen en municipios que no sean cabecera de circuito y en donde no ejerzan habitualmente por lo menos dos abogados inscritos, circunstancia que se hará constar por el funcionario en el auto que admita personería.

F) *En la primera instancia, en los procesos de menor cuantía*, que se ventilen en municipios que no sean cabecera de circuito y en donde no ejerzan habitualmente por lo menos dos abogados inscritos. Se colige que un abogado ejerce habitualmente en un municipio cuando tiene oficina que atiende en forma personal y de manera regular, aunque no resida en la localidad (ibídem, art. 29).

G) *En cualquier diligencia de carácter administrativo*, como sería el reclamo de las prestaciones sociales de un ex empleado o funcionario del Estado, pero si constituye apoderado, este debe ser abogado inscrito (decr. 196 de 1971, art. 35).

En los asuntos anteriores la actuación se adelanta en forma directa por el interesado, sin constituir apoderado, pues, si otorga poder, este tiene que recaer en un abogado titulado e inscrito.

Sin embargo, existe un solo caso en que puede apoderarse a una persona en actuación judicial sin ser abogado, y es en la indagatoria, siempre que haya imposibilidad para conseguir un profesional. La designación recae en un ciudadano honorable y que no sea funcionario o empleado público (decr. 196 de 1971, art. 35 en concordancia con la ley 600 de 2000, C. de P. P., art. 131).

## 6. Incompatibilidades

Con las limitaciones expuestas, el abogado puede actuar, recibiendo el respectivo poder. Está impedido para ejercer la profesión cuando se halle en cualquiera de las circunstancias siguientes:

A) *Los empleados públicos y los trabajadores oficiales*, aun cuando estén en uso de licencia, salvo que lo hagan en razón del cargo que desempeñan, como ocurre con los fiscales y los representantes del ministerio público. Esta incompatibilidad se hace extensiva a los abogados vinculados por contrato con una entidad administrativa y en relación con asuntos adelantados contra la nación, departamento o municipio, según la esfera o el campo administrativo al cual pertenezca el establecimiento en donde el profesional presta sus servicios, excepto cuando tenga que actuar en causa propia.

B) *Los senadores, los representantes y los diputados* en los casos señalados en la Constitución y en las leyes.

La actual Constitución Política de 1991 fue especialmente rigurosa en el régimen de las prohibiciones o incompatibilidades a los congresistas, diputados y concejales.

En relación con los congresistas la prohibición es más exigente, por cuanto el constituyente de 1991 pretendió que quienes desempeñen el cargo lo hagan con total dedicación y, por ende, es incompatible con cualquier otro tipo de actividad.

Al respecto, el artículo 180, numeral 2, dispone que los congresistas no podrán "gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o interpuesta persona, contrato alguno".

Esa prohibición se presenta únicamente durante el tiempo en que estén cumpliendo el período para el cual fueron elegidos. "En caso de renuncia se mantiene la incompatibilidad durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior", de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 181, inciso 1º, de la actual Carta Fundamental.

A los diputados el régimen de incompatibilidades lo fija la ley, pero no puede ser menos estricto que el de los congresistas, según lo preceptúa el artículo 299, inciso 3º, de la Constitución Política, lo cual implica que se haga extensiva a ellos la prohibición de ejercer la profesión.

Con relación a los concejales, tienen una situación semejante a la de los diputados, por cuanto le corresponde a la ley determinar el régimen de inhabilidades, pero como no se establece similitud alguna con los congresistas, se infiere que no existe incompatibilidad con el ejercicio de la profesión, excepto con el desempeño de un empleo público.

C) *Los militares en servicio activo*, salvo en la justicia penal militar y conforme al ordenamiento procesal pertinente. Esta causal obedece a la dedicación o exclusividad que impone la actividad militar.

D) *Los que están privados de libertad* como consecuencia de resolución acusatoria y, desde luego, aunque la norma no lo diga, por una sentencia condenatoria, salvo las actuaciones que en su propio nombre adelante en el pro-

ceso donde se haya producido dicha providencia o en cualquier otro de la misma naturaleza y en el cual sea parte, ya que la norma no hace distinción al respecto (ley 1123 de 2007, art. 29, num. 3).

E) *En relación con los asuntos en que hubiere actuado en ejercicio de las funciones desempeñadas como funcionario público.* Por ejemplo, un ex juez, quien no puede actuar en los procesos que conoció, en ningún tiempo.

F) *Frente a la entidad administrativa donde hayan desempeñado sus funciones*, pero solo durante el año siguiente a la fecha en que se produjo su retiro (ley 1123 de 2007, art. 29, num. 5).

## 7. Deberes

Los deberes del abogado los enuncia taxativamente el artículo 28 de la ley 1123 de 2007, que reemplazó, en lo pertinente el artículo 47 del decreto 196 de 1971, y pueden agruparse en los que atañen a las relaciones con el cliente o poderdante, a la contraparte y su apoderado, así como con los funcionarios y empleados judiciales.

A) *Para con el cliente.* Se concretan a guardar el secreto profesional, atender con celosa diligencia el cargo encomendado y, en general, velar por la defensa de los intereses que le han sido confiados.

B) *Para con los funcionarios y empleados judiciales.* Consisten en observar el respeto y seriedad que ellos merecen y colaborar en la recta y cumplida administración de justicia. Lo propio puede decirse respecto de la contraparte y su apoderado.

C) *En su calidad de profesional.* El artículo 28 de la ley 1123 de 2007 enumera unos deberes que corresponden a la condición de abogado, como es observar la Constitución y la ley, defender los derechos humanos y actualizar sus conocimientos. También el ejercicio ilegal de la profesión y la violación de las diposiciones legales que establecen el régimen de incompatibilidades para el ejercicio de la profesión.

## 8. Régimen disciplinario

El régimen disciplinario comprende *las faltas* que pueden cometer los abogados en el ejercicio de su profesión, que atañen a sus relaciones con los funcionarios judiciales, con el cliente y como profesional del derecho; *las sanciones* que ellas acarrean, que van desde la censura hasta la exclusión, pasando por la multa y suspensión: *quiénes son los funcionarios encargados de imponerlas*, que recae en la jurisdicción disciplinaria, de la cual es cabeza el Consejo Superior de la Judicatura; y *el trámite o procedimiento* que se debe seguir, que requiere la vinculación del presunto afectado para poder ejercer su derecho de defensa (ley 1123 de 2007, art. 407).

En firme la sentencia que imponga una condena al abogado, se envía copia de ella al Registro Nacional y empieza a regir a partir del registro. Para que surta efectos se envía comunicación a todos los despachos judiciales para que se abstengan de atender al profesional afectado, por el término de la suspensión, o de manera definitiva, cuando la pena consiste en la pérdida del derecho a ejercer la profesión.

El abogado a quien se le ha impuesto una sanción disciplinaria, concretamente la pérdida del derecho para ejercer la profesión, puede solicitar su rehabilitación, es decir, la recuperación de esa facultad. Los requisitos exigidos son, en primer lugar, que hayan transcurrido por lo menos cinco años, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia que impuso la sanción; y, en segundo, que en concepto del tribunal aparezca demostrado que la conducta observada por el excluido de la profesión revela su completa idoneidad moral para regresar a su ejercicio (ley 1123 de 2007, art. 108, que reemplazó en lo pertinente el decr. 196 de 1971, art. 64). Para obtener la rehabilitación es necesario adelantar un trámite semejante al de la imposición de la sanción ante el mismo órgano que la impuso.

## 9. Derechos

Así como la norma ha consagrado expresamente los deberes, las faltas y las sanciones a que ellas dan lugar, igualmente ha preceptuado el derecho de los abogados a cobrar los *honorarios profesionales* por concepto de su gestión, reglamentando, incluso, el trámite que corresponde seguir para obtener la fijación cuando se revoca el mandato.

Se entiende por honorarios la remuneración que está obligada a cancelarle al abogado la parte que le otorgó el poder para que la representara en un proceso o en determinada actuación judicial.

Los honorarios datan casi de los propios orígenes del derecho romano. Al comienzo, en los primeros tiempos de la profesión, toda gestión era de carácter gratuito, aunque por lo general el interesado daba una dádiva o merced. A pesar de que teóricamente se prohibió el cobro de honorarios, como aconteció con la *Ley Ciencia*, en la práctica no fue suprimido totalmente.

La afluencia de peregrinos a Roma hizo que cada día se requirieran más los servicios de los *advocatus* y, por tanto, llevó a que con el tiempo se les reconociera el pago de los honorarios profesionales, lo que aconteció en la época del emperador Claudio, quien no solo admitió su licitud, sino que fijó un tope máximo. Durante el reinado de Nerón fue obligatorio el pago, aun cuando no mediara convenio entre el interesado y el abogado.

Entre nosotros, el abogado y el cliente acuerdan lo concerniente al valor de los honorarios del primero, los cuales pueden pactarse en una cantidad determinada o mediante lo que se denomina *cuota litis*, que consiste en el dere-

cho a un porcentaje de la utilidad percibida por el poderdante. La cuantía se ciñe a lo preceptuado por las tarifas de abogados de la localidad o, a falta de ellas, por la existente en el distrito más próximo. El abuso por parte del profesional lo hace incurrir en una falta disciplinaria.

Lo usual es que se suscriba un contrato de servicios profesionales; pero, si este documento no existe, el camino que le queda al abogado es acudir a un proceso ordinario de carácter laboral para que allí se le haga la regulación. Con base en el contrato o la sentencia proferida por la jurisdicción laboral el abogado puede instaurar el correspondiente proceso ejecutivo.

Cuando al abogado se le revoca el poder, puede solicitar, dentro de los treinta días siguientes, ante el juez que conoce del proceso donde se produjo la revocatoria, que se le regulen sus honorarios, con base en la gestión adelantada hasta ese momento. Cuando el abogado fallece en ejercicio del mandato judicial, el cónyuge sobreviviente o el heredero tienen derecho también a pedir la regulación de los honorarios, según la modificación que al artículo 69 del Código de Procedimiento Civil le introdujo el decreto 2282 de 1991.

La regulación en cualquiera de las dos situaciones mencionadas se hace previos los trámites de un incidente, que se surte independientemente del proceso y sin que este se paralice. El monto de la regulación no puede exceder el valor de los honorarios que se han pactado por la totalidad de la actuación (C. de P. C., art. 69).

Para que la parte vencedora en un proceso pueda atender al pago de los honorarios del profesional que la haya apoderado, se incluye dentro de la liquidación de costas una parte denominada agencias en derecho, que fija el juez con base en las tarifas establecidas por el colegio de abogados del respectivo distrito, según lo expusimos en su oportunidad. Como las tarifas por lo general señalan un límite mínimo y máximo, el juez tiene en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente y la cuantía del proceso (C. de P. C., art. 393).

Las agencias pertenecen al abogado solamente si este actúa en virtud de nombramiento efectuado por el juez para representar a la parte beneficiada con el amparo de pobreza y siempre que obtenga una decisión favorable para ella (C. de P. C., art. 164). Esto no impide que el poderdante acuerde con el apoderado que las agencias en derecho formen parte de los honorarios profesionales y, por ende, este pueda percibirlas.

## **10.** Responsabilidad

Los abogados son responsables por los perjuicios que con su actuación causen a su poderdante o a la contraparte.

A) *Cuando el perjuicio es contra el poderdante*, a este le corresponde adelantar contra el abogado un proceso ordinario de carácter civil, a fin de ob-

tener el reconocimiento de la indemnización a que haya lugar, para luego instaurar el ejecutivo, si no se obtiene la cancelación voluntaria. Esto sin detrimento de la investigación penal, cuando se ha configurado un delito, o de la acción disciplinaria, si se estructura falta que origine una sanción de este tipo.

B) *Cuando el perjuicio se ocasiona a la contraparte*, el juez que conoce del proceso donde él se produce, en la providencia que le ponga término, o en el incidente o recurso, según el caso, efectúa la condena correspondiente, que es solidaria con el poderdante. Si fuere imposible determinar los perjuicios en ese momento, la condena se hace en abstracto, procediéndose luego a regularlos, conforme a los trámites previstos por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Si la culpa es exclusivamente del abogado, el poderdante puede repetir contra él y obtener el reintegro de la cantidad que como consecuencia de la condena tenga que pagar (C. de P. C., art. 73). Lo propio puede hacer el abogado, demostrando, desde luego, que la actuación se llevó a cabo por mala información del poderdante.

## **Sección II.** *Representación judicial*

### **11.** Clases

Ya se dijo que la representación judicial consiste en que una persona se encarga de obrar en nombre de otra u otras en un proceso o actuación determinado. Entraña una relación entre el representante y el representado, pero en cuanto a su origen puede asumir dos modalidades, a saber:

A) La *voluntaria*, que se produce en virtud de acuerdo entre las dos partes, esto es, el representante y el representado, y se denomina, con propiedad, *mandato judicial,* por constituir una modalidad de ese tipo de contrato y estar referido a actuaciones de dicha índole. Implica se otorgue con antelación a su ejercicio por parte del mandante o apoderado.

B) La *forzosa*, por ser de obligatoria aceptación y desempeño. La designación se produce por el funcionario judicial para determinados casos expresamente consagrados por la ley, como ocurre con el amparado por pobreza en el civil y en las restantes ramas que siguen su orientación.

C) *Curadores "ad litem"*. Constituye una modalidad intermedia, por participar de las dos anteriores; pues en unos supuestos obra en virtud de acuerdo entre el representado y el representante, pero en otros la designación la hace el funcionario judicial, aunque en ambos ofrece un régimen propio.

Así, por ejemplo, el incapaz relativo que concurre al proceso, cualquiera que sea la posición que adopte, cuando no tiene representante legal, tiene derecho a designar el curador *ad litem*; en cambio, cuando la incapacidad es absoluta, el nombramiento lo hace el funcionario judicial.

**12.** NÚMERO DE REPRESENTANTES

Cada persona no puede tener para determinada actuación judicial, sino un solo representante. Esto significa que puede tener varios apoderados, pero para actuaciones diferentes, sea en el mismo o diferente proceso. Así, por ejemplo, se puede nombrar un representante para atender la primera instancia y otro para la segunda. Así mismo, se puede designar representante para todo un proceso y otro para determinada actuación, por ejemplo, formular interrogatorio de parte, etcétera.

Sin embargo, una persona puede representar a varias en un mismo proceso, siempre que no exista incompatibilidad de intereses entre ellas. Nuestro ordenamiento sigue esta norma y no exige, como sí se requiere en otros países, que todos los litisconsortes necesarios estén representados por la misma persona.

**13.** MANDATO JUDICIAL

A) *Concepto.* El mandato judicial —como ya observamos— es un contrato en virtud del cual una o varias personas facultan a otra para que las represente en uno o varios procesos o en una actuación o trámite determinado.

El acto en el cual se hace constar el mandato recibe el nombre de *poder.* Por esto se denomina *poderdante* a la parte que lo otorga o confiere y *apoderado* al que lo recibe o se encarga de realizar la gestión encomendada. En materia penal el apoderado, cualquiera que sea la etapa en que actúe, esto es, la instrucción o el juicio, si el sistema es inquisitivo o acusatorio, recibe el nombre de *defensor* (leyes 600 de 2000, art. 128 y 906 de 2004, art. 118).

El mandato judicial, como modalidad del general, es un contrato bilateral, por exigir el acuerdo de voluntad entre las dos partes, que se rige por las disposiciones especiales de índole procedimental y, en subsidio, para llenar los vacíos dejados por ellas, por las normas pertinentes del Código Civil, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, proferida en vigencia del antiguo Código de Procedimiento Civil, pero que conserva actualidad[1].

B) *Requisitos.* Los requisitos para que el poder se considere otorgado y produzca sus efectos, se concretan al otorgamiento, aceptación, presentación y reconocimiento.

La posesión del defensor, que en materia penal era un requisito adicional, desapareció por virtud del artículo 132 de la ley 600 de 2000, reiterado por el 120 de la ley 906 de 2004, según la cual es suficiente que se acepte.

a) *Otorgamiento.* Varía, de acuerdo con las dos clases o modalidades que presenta, a saber: general y especial.

[1] Sala de Negocios Generales, auto, 6 noviembre 1946, "G. J.", t. LXI, pág. 843.

a') El *poder general* se otorga para varios procesos y se confiere mediante escritura pública.

b') El *poder especial* se da para un proceso o actuación determinada, por ejemplo, la segunda instancia, una diligencia de secuestro, etc. Se otorga mediante escritura pública o documento privado dirigido al funcionario judicial que esté conociendo o vaya a conocer de la actuación determinada o el proceso para el cual se confiere el mandato. También puede otorgarse verbalmente en el curso de una audiencia o diligencia, supuesto en el cual de él queda constancia en la respectiva acta que al efecto se sienta.

b) *Aceptación*. Es la manifestación que hace la persona designada como apoderado de que se encarga de la gestión que le fue encomendada. La aceptación puede ser expresa o tácita.

a') La *aceptación es expresa* cuando el apoderado así lo manifiesta en el mismo poder o en escrito separado o verbalmente en el curso de la diligencia o audiencia.

b') La *aceptación tácita* acontece cuando se presume o infiere de la conducta asumida por el apoderado. Se presenta cuando este suscribe el poder que se le ha conferido o por su ejercicio, como sucede si se le otorga para instaurar un proceso y presenta la correspondiente demanda.

c) *Presentación*. Es la constancia que se deja en el poder de que la persona que lo suscribe es quien lo otorga. Tiene por objeto darle autenticidad y se realiza de diferente manera si se efectúa en el extranjero o en el territorio nacional.

a') *Cuando se confiere en el extranjero*, la nota de presentación la sienta el cónsul colombiano o, en su defecto, el de una nación amiga. La firma del cónsul que interviene en la diligencia requiere ser autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Si quien otorga el poder es una persona jurídica extranjera, le basta, a fin de establecer su existencia y representación, presentar los correspondientes documentos al cónsul y que de ello se deje la respectiva constancia en la nota de presentación. No es necesario, por tanto, allegar al proceso dichos documentos, así sea para instaurar demanda.

b') *Cuando se confiere dentro del territorio nacional*, la presentación se hace en la forma prevista para la demanda, esto es, ante el secretario de cualquier órgano judicial o igualmente ante un notario.

Lo anterior significa que si el poder se otorga en Bogotá, para instaurar un proceso en esta misma localidad u otra distinta, por ejemplo, Barranquilla, la presentación puede hacerse ante cualquier despacho judicial, esto es, un juez municipal, sea civil o penal, el tribunal superior, etc., o en una de las notarías que existen en el distrito capital.

Cuando la presentación se hace ante un órgano judicial, la correspondiente nota la suscribe únicamente el secretario, por cuanto la reforma introducida al Código de Procedimiento Civil por el decreto 2282 de 1989 eliminó la firma del funcionario judicial cuando el poder va dirigido a otra localidad.

El artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, con la modificación introducida por el decreto 2282 de 1989, habla de presentación, como título del precepto, pero en el texto del mismo utiliza el vocablo *autenticar*, por lo cual se ha entendido, en criterio que goza de amplia acogida, que la constancia la suscribe también el poderdante, de manera semejante a como se surte esa actuación ante los notarios cuando se trata de reconocer un documento.

En materia penal, conforme lo preceptuado por el artículo 132 de la ley 600 de 2000, no existe diferencia alguna, pues el poder debe estar autenticado ante autoridad competente. La única exigencia, a la cual está supeditado, es que el poderdante esté legalmente vinculado al proceso, sin consideración a su situación jurídica. Esta situación es diferente de conformidad con la ley 906 de 2004, por cuanto, según lo preceptuado por su artículo 119, la designación debe hacerse desde la captura o desde la formulación de la imputación, lo cual implica la presencia de quien lo otorga y, por ende, que no se requiera la autenticación.

d) *Reconocimiento.* Se produce mediante providencia que profiere el funcionario judicial y en virtud de la cual acepta al apoderado para actuar en nombre del poderdante.

Requiere que previamente se demuestre la calidad de abogado por parte del apoderado ante el secretario del correspondiente órgano judicial, de lo cual este deja constancia en el mismo poder o en el primer acto en que lo ejerza.

C) *Número de apoderados.* Es factible que en un mismo poder se designen varios apoderados. Como solo puede actuar uno, según lo expresamos en su oportunidad, se considera que el mencionado en primer lugar tiene la calidad de principal y los restantes son sustitutos, en su orden.

Para que pueda actuar un sustituto se requiere que el principal y los que le anteceden en esa misma calidad manifiesten que se abstienen de hacerlo. En consecuencia, por ejemplo, si el poder se otorga a cuatro apoderados, el cuarto para actuar requiere obtener de los tres primeros la manifestación de que se abstienen.

En el supuesto anterior, el principal puede recobrar el mandato mientras no finalice la actuación para la cual se le ha conferido, por el solo hecho de realizar cualquier gestión, salvo que exprese su deseo de que el sustituto continúe haciéndolo. Entonces, por ejemplo, es factible que el principal manifieste que recobra el poder únicamente para formular el alegato de conclusión, lo que implica que, una vez efectuada esa gestión, el sustituto automáticamente recobra la facultad de seguir actuando.

Cuando se acumulan o reúnen varios procesos para ventilarlos conjuntamente y una misma persona tiene en ellos distintos apoderados, continúa ejerciéndolo aquel que lo desempeñaba en el proceso más antiguo, salvo que el poderdante disponga otra cosa y así lo manifieste al funcionario judicial. Entonces, si guarda silencio, se entiende que los poderes posteriores quedan revocados.

D) *Sustitución.* La sustitución ocurre cuando el poderdante o el apoderado principal designan a otro con esa calidad para un proceso o determinada gestión. Reemplaza el apoderado para toda la actuación o parte de ella.

Respecto de su origen la sustitución puede revestir dos modalidades: la primera, cuando el apoderado, por su propia cuenta y bajo su responsabilidad, designa al sustituto; la segunda, si en el poder se indica el sustituto. En el supuesto que la sustitución la efectúe el apoderado inicial, no pierde por ello su calidad y puede recobrar el derecho de actuar en cualquier oportunidad o automáticamente una vez realizada la gestión para la cual se hizo la sustitución.

En el civil y las ramas que siguen sus lineamientos la sustitución puede hacerla el apoderado principal, salvo que el poderdante se lo haya prohibido. En consecuencia, si nada se dice en el poder, se entiende que está facultado para sustituir. Sin embargo, para que el principal pueda sustituir en persona diferente de quienes aparecen con esa condición en el poder, es necesario que afirme, bajo juramento, que se dan las circunstancias que la norma establece, cuales son que estos se encuentran ausentes o por otro motivo no quieren ejercer el mandato.

En penal la situación es diferente, pues se considera que el vínculo del mandato es *intuitu personae*, por lo cual solo puede sustituirse si el poderdante expresamente lo autoriza. Sin embargo, en esta rama se consagra lo que se denomina *defensor suplente*, designado por el defensor, quien interviene en el proceso a partir del momento en que se le designe. No pueden actuar simultáneamente con el principal, pero sí tienen derecho a intervenir, en lo que difieren del sustituto, que solo puede hacerlo cuando el principal se abstiene.

La facultad que se otorga o la actuación que puede cumplir el sustituto, puede ser total o parcial.

a) *Total* es la que se hace para el resto del proceso y no excluye al principal, quien puede recobrar el poder en cualquier momento, sea para la actuación que falta o para una determinada. Se entiende que lo recobra para el resto del proceso, cuando vuelve a actuar y no expresa que es para determinado trámite.

b) *Parcial* es la que se produce para determinada actuación, por ejemplo, la recepción de un testimonio, la apelación, una inspección judicial, etc. En este supuesto, surtida la actuación para la cual se verificó la sustitución, el apoderado principal recobra automáticamente el poder.

La sustitución que hace el apoderado se sujeta a los mismos requisitos de un poder, o sea, otorgamiento, aceptación, presentación y reconocimiento.

E) *Facultades del apoderado.* El poder faculta al apoderado para realizar todas las gestiones tendientes a preparar el proceso, como son las pruebas

anticipadas, requerimientos, etc., medidas cautelares, iniciarlo mediante la proposición de la correspondiente demanda, todas las inherentes al desarrollo de este, incluidos los recursos, las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas en ella. En este supuesto tiene que desglosar el poder para presentarlo en el nuevo proceso.

El decreto 2282 de 1989, que modificó el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, estableció que el poder habilita al apoderado para demandar todas las pretensiones que se relacionen con las determinadas en el poder, representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvención e intervención de terceros y notificarse del auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo, según la clase de proceso.

Las únicas facultades que exigen autorización expresa son las que entrañan disposición del derecho que se controvierte en el proceso, como es *desistir* de la pretensión o excepción, *transigir, conciliar* y *allanarse*. También *recibir* el dinero que le corresponde al poderdante, por la trascendencia que tiene.

Sin embargo, cuando la audiencia prevista por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil no puede celebrarse y se fije fecha para una segunda, y a ella una de las partes no pueda concurrir por encontrarse domiciliada en el exterior, la representará su apoderado con amplias facultades para conciliar, admitir hechos y desistir.

En materia penal de acuerdo con lo preceptuado por la ley 600 de 2000, artículo 129, el poder otorgado en cualquier momento se entiende hasta la finalización del proceso, lo cual podría aparecer intrascendente, particularmente si se compara con lo establecido para el civil, pero obedece a que el proceso penal tiene dos fases o etapas, la de instrucción, a cargo de la Fiscalía, y la del juicio, ante el juez competente, por lo cual, antes de la vigencia de ese ordenamiento, era necesario conferir el correspondiente mandato para cada una. Bajo el régimen de la ley 906 de 2004 la reglamentación continúa igual, por cuanto el artículo 119 exige que se designe defensor desde la captura o la formulación de la imputación, sin limitar su duración a una determinada actuación, con lo cual se entiende que abarca la totalidad de la gestión.

F) *Terminación del mandato*. Además de las causales que determinan la finalización de la representación judicial en general, que analizaremos en su lugar, el mandato judicial culmina por dos causas específicas, que son la revocatoria y la renuncia.

a) *Revocatoria*. El mandato judicial es esencialmente revocable por parte de la persona que lo otorga, conforme a lo previsto por la ley. Por esta razón, la cláusula que lo prohíbe carece de validez.

La revocatoria puede ocurrir en cualquier momento del proceso, siempre que no haya finalizado normal o anormalmente con la ejecutoria de la respec-

tiva providencia. Sin embargo, aun cuando esto ocurra, es factible revocar el poder si hay actuación pendiente, como acontece cuando la sentencia queda ejecutoriada, pero falta la liquidación de perjuicios o la entrega de un bien. En este caso el nuevo apoderado queda facultado para realizar la actuación pendiente.

La revocatoria puede ser expresa o tácita.

a') Es expresa cuando el poderdante así lo manifiesta verbalmente en el curso de una audiencia o diligencia o mediante escrito dirigido al juez del conocimiento.

b') Es tácita cuando el poderdante designa un nuevo apoderado.

Las dos modalidades producen efectos con la presentación del correspondiente escrito, de acuerdo con lo establecido por el artículo 69, inciso 1º, del Código de Procedimiento Civil, pero se entiende que es necesario, además, que se deje en la secretaría del despacho judicial al cual va dirigido.

Como el hecho de aceptar un poder en virtud de revocatoria implica una falta contra la ética profesional, porque tal actividad se presta para eludir los honorarios del apoderado anterior, lo indicado es que el nuevo obtenga y allegue al proceso el paz y salvo por tal concepto, con lo cual evita la respectiva investigación y una sanción disciplinaria.

b) *Renuncia.* La renuncia es un acto emanado del apoderado, en virtud del cual le manifiesta al funcionario judicial ante quien actúa, que deja de ejercer el poder que se le ha conferido.

La renuncia se manifiesta al juez por escrito en cualquier oportunidad o verbalmente en el curso de una audiencia o diligencia y tiene efecto una vez reconocida mediante la correspondiente providencia, notificada por estado y al poderdante por telegrama o aviso, en la forma prevista por el artículo 320, numerales 1 y 2, del Código de Procedimiento Civil, y transcurridos cinco días, que es el término señalado por la ley para que este pueda conseguir nuevo apoderado, respetándole así su derecho de defensa.

La norma al respecto no es clara, pues si se le hace la puntuación que trae, una coma después de mencionar la notificación por estado y dejar transcurrir cinco días, podría inferirse que la notificación al poderdante por telegrama o por aviso es factible surtirla vencido ese término, lo que implicaría que este se enterara ya cuando la renuncia ha producido sus efectos.

Creemos que ese no es el sentido, sino que, como lo expusimos antes, el término es para que la parte pueda escoger nuevo apoderado, surtiéndose solo a partir del día siguiente al envío del telegrama o del que se fija el aviso, cuando realmente se entera de la renuncia, pues la notificación por estado para ella puede ser inocua, por no estar pendiente de la actuación surtida.

## 14. Defensor y apoderado de oficio

La representación forzosa se presenta por el defensor o apoderado de oficio designado por el funcionario judicial cuando la parte carece de recursos económicos para cancelar los honorarios de un abogado. Obra de diferente manera en el penal y en el civil.

A) En el *proceso penal*, cuando el sindicado no puede conseguir quien lo represente, asume esta función el defensor público, cuyo servicio se presta bajo la dirección y organización del defensor del pueblo, a solicitud del propio afectado, del ministerio público o el funcionario judicial. Si en la localidad no existe defensor público o fuere imposible designarlo inmediatamente, el funcionario le nombra al sindicado un defensor de oficio.

B) En el *proceso civil*, incluidas las otras ramas que siguen su orientación, cuando la parte se encuentra en idénticas condiciones, esto es, que carece de recursos para cubrir los gastos del proceso, puede obtener el amparo de pobreza, el cual le da derecho, entre otros beneficios, a que se le designe apoderado.

Este tipo de representación implica el cumplimiento de un cargo, por lo cual el abogado designado tiene que tomar posesión y desempeñarlo con diligencia y cuidado, so pena de incurrir en las sanciones disciplinarias establecidas por la ley.

El representante judicial forzoso tiene las mismas facultades del apoderado designado en virtud de mandato, salvo las que entrañan disposición del derecho y que requieren otorgamiento expreso, las cuales se le pueden conferir por el representado mediante poder corriente otorgado al efecto. Puede sustituir en la misma forma y con igual responsabilidad que el representante voluntario.

El representante forzoso se escoge de los abogados que litiguen en la localidad donde curse el proceso o la actuación en la que va a intervenir. Por esta razón, si el proceso tiene que pasar a otro municipio, como acontece, por ejemplo, en la apelación cuando el superior reside en distinto lugar, el funcionario que conoce de esa actuación, y únicamente para ella, designa un nuevo representante, que tenga su domicilio en esa localidad.

El cargo de representante judicial forzoso es esencialmente gratuito, salvo cuando actúa en virtud del amparo de pobreza y obtiene decisión favorable a su representado, pues entonces tiene derecho a las agencias y al 20 por ciento de la utilidad que este perciba, cuando se trata de proceso ordinario, o del 10 por ciento, si es de otra naturaleza.

## 15. Curador "ad litem"

A) *Concepto.* Los curadores *ad litem* son abogados designados por el juez para que asuman dentro de un proceso la representación de un incapaz o de una

persona capaz, pero desconocida, o que, a pesar de ser conocida, se ignora su residencia o elude la notificación del auto admisorio de la demanda, el mandamiento ejecutivo o, en general, la providencia que lo vincula al proceso.

B) *Designación*. Al curador *ad litem* lo designa el juez cuando se trata de representar a personas desconocidas o conocidas, pero cuya residencia o domicilio se ignora, o son incapaces absolutos que carecen de representante legal. La designación se hace por orden alfabético, escogiéndolo de la lista de los auxiliares de la justicia.

El incapaz relativo que carece de representante legal puede designar directamente al curador *ad litem* y el juez lo reconoce, salvo que el escogido no reúna los requisitos, caso en el cual lo escoge de los auxiliares.

C) *Trámite*. La curaduría es un cargo y, como tal, requiere posesión, que se cumple, de acuerdo con la modificación que al artículo 9º del Código de Procedimiento Civil le introdujo el decreto 2282 de 1991, mediante escrito dirigido al funcionario judicial que lo designó manifestándole, bajo la gravedad del juramento, que cumplirá con imparcialidad y buena fe los deberes de su cargo. La misma disposición eliminó expresamente el discernimiento, por carecer de objeto. Tampoco se exige caución, puesto que carecen de facultad para administrar bienes, limitándose su gestión a la representación judicial.

D) *Facultades*. El curador tiene las mismas facultades del apoderado, excepto aquellas que requieren expreso mandato, como son recibir, desistir y transigir, las cuales, sin embargo, pueden ser concedidas por el funcionario judicial mediante los trámites de un incidente, demostrando las ventajas que ello le reporta al pupilo.

E) *Delegación*. El curador no puede delegar o sustituir, por cuanto se trata del ejercicio de un cargo, pero sí es viable que confiera poder, respondiendo de la actuación surtida por el apoderado.

F) *Derechos*. El curador tiene derecho, primero, a que se le fije una cantidad para atender los gastos del proceso. Al efecto, el juez hace la asignación en la providencia en que se produce el nombramiento, limitándose a lo estrictamente necesario. El curador, una vez finalizada su gestión, debe rendir cuentas del dinero recibido por ese concepto.

Tiene derecho también a que se le fijen los honorarios respectivos. La regulación la efectúa el juez con base en la cuantía y la fija una vez efectuada la designación, pero solo se entrega terminada la gestión.

G) *Terminación*. La curaduría finaliza con el proceso para el cual se designó o, en cualquier momento de este, si se trata de incapaz, por llegar a la mayoría de edad o proveérsele de curador definitivo, o, si es persona cuya residencia se ignoraba intervenir, sea directamente o por conducto de apoderado.

**16.** AGENCIA OFICIOSA JUDICIAL

A) *Concepto.* Como una excepción al principio de que la representación tiene su fundamento en el mandato o la designación por parte del juez en las situaciones previstas por la norma, esta ha consagrado la llamada agencia oficiosa judicial.

Dicha figura se presenta cuando una persona asume la representación de otra para surtir determinada actuación judicial y sin que entre las dos medie mandato o designación por parte del juez. La actuación se surte, de consiguiente, por iniciativa exclusiva de quien obra y sin que intervenga la aquiescencia de la persona en cuyo nombre actúa, pero sí en razón de encontrarse esta impedida para comparecer y otorgar el correspondiente poder.

B) *Procedencia.* Entre nosotros el Código Judicial reconocía la agencia oficiosa judicial tanto para presentar o formular la respectiva demanda como para contestarla, pero el actual la limitó a lo primero, porque lo segundo no se justifica, puesto que si el demandado ya recibió la notificación del auto admisorio se ha enterado de la existencia del proceso y gozado de la oportunidad para hacerse presente por sí mismo o mediante apoderado.

C) *Requisitos.* Como la agencia oficiosa judicial, así sea para actos específicos, puede prestarse a un abuso del derecho, se requiere el cumplimiento de determinados presupuestos para poder aceptarla. Tales formalidades son las siguientes:

a) *Que no medie poder* entre la persona que actúa y a nombre de quien actúa.

b) *Que la persona en cuyo nombre se lleva a cabo la gestión esté impedida para hacerlo* personalmente o, conferir el mandato, si es necesario; y

c) *Que se preste caución para garantizar los perjuicios que puedan ocasionársele al demandado*, si no se ratifica la gestión de manera expresa durante el término señalado por la ley.

D) *Trámite.* La agencia oficiosa se contrae a la presentación de la demanda, en la cual se exprese, bajo la gravedad del juramento que se entiende prestado por la presentación del escrito, que la persona en cuyo nombre se actúa se encuentra imposibilitada para hacerlo o que se ausentó de la localidad.

En el mismo auto admisorio, se fija el monto de la caución que el agente oficioso está obligado a prestar dentro de los diez días siguientes a la notificación hecha a él de esa providencia. Prestada la caución, se notifica el auto admisorio al demandado, suspendiéndose a partir de ese momento el proceso por el término de dos meses, tiempo destinado a que se produzca la ratificación. Si esta se lleva a cabo, el proceso sigue su curso, empezando a surtirse el término de traslado, que se contará a partir del día siguiente a la notificación de la providencia que ordene la reanudación, ya que este no puede correr de pleno de-

recho y de manera automática. En el supuesto contrario, se ordenará la terminación del proceso y se condenará en costas y perjuicios al agente oficioso, quien responderá primeramente con la caución prestada.

## 17. Ausencia de representación

Ya antes expusimos que para actuar en nombre de otro, salvo las excepciones legales, es necesario el poder otorgado en debida forma. La ausencia de este entre quien actúa y la persona en cuyo nombre se obra, excluida la agencia judicial, determina la nulidad de la actuación, la cual, sin embargo, es saneable por la parte afectada. De ahí que, a fin de evitarla y en aras del principio de saneamiento, el funcionario judicial rechace las peticiones que se le formulen a nombre de otro sin el respectivo poder.

1. *Convalidación*. Se dice que la nulidad generada es saneable, puesto que desaparece en virtud de la ratificación que de ella haga el afectado, esto es, la persona en cuyo nombre se actúa, la cual puede ser provocada o espontánea.

a. Es *provocada* cuando el funcionario judicial, al observarla, en cualquier momento del proceso, ordena ponerla en conocimiento del interesado, lo cual se hace mediante la notificación de la providencia (por *aviso*) en la forma prevista por el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, numerales 1 y 2, disponiendo del término de tres días para realizarla. Si se guarda silencio durante ese término, se entiende que la sanea, y, por tanto, el proceso sigue su curso.

b. Es *espontánea* si el afectado, por su propia iniciativa, en cualquier momento del proceso, le manifiesta al funcionario que ratifica el mandato judicial en favor de la persona que ha venido obrando a nombre de él sin poder. Esa ratificación viene a ser un poder y, en consecuencia, está sujeto al requisito de la presentación personal, no así a la aceptación, puesto que es para actuación ya realizada, ni tampoco al reconocimiento, por reemplazarse por la providencia que decreta el saneamiento. Tendrá la plena calidad de poder cuando se otorgue el mandato a quien ha venido actuando o a otra persona distinta para la actuación futura[2].

[2] Sent., 17 marzo 1945, "G. J.", t. LVIII, pág. 674.

## Capítulo IX

## PLURALIDAD DE PARTES

### 1. Concepto

La pluralidad de partes ocurre cuando la demandante o la demandada o ambas están integradas por más de una persona o porque interviene un tercero que tiene interés en los resultados del proceso por ser titular de su propio derecho o estar ligado a una de ellas por un vínculo jurídico que puede afectarse como secuela de la sentencia.

### 2. Clases

La pluralidad de partes presenta dos modalidades: el litisconsorcio y la intervención de terceros.

## **Sección I.** *Litisconsorcio*

### 3. Concepto

Litisconsorcio es vocablo integrado por *litis*, que significa 'litigio', 'con', 'comunidad', y *sortium*, derivado de *sors*, 'suerte', por lo cual quiere decir comunidad de suertes en el litigio.

Desde el punto de vista jurídico es un fenómeno que se presenta cuando en cualquiera de las dos partes, demandante o demandada, hay dos o más personas, por mediar entre ellas una relación jurídica material indivisible o varias, pero vinculadas por determinados elementos comunes.

El anterior concepto revela la razón del litisconsorcio, que reside en la circunstancia de ventilarse en el proceso una relación jurídica material que tiene a más de un titular en cualquiera de sus extremos y exige la presencia de todos para poder proferir una decisión de fondo, esto es, acoger o desechar la pretensión, o bien por ser varias las relaciones jurídicas materiales y estar vinculadas por determinados elementos comunes, que requieren considerarse conjuntamente a fin de evitar pronunciamientos contrarios sobre el mismo punto.

## 4. Clasificación

El litisconsorcio presenta varias modalidades, según el punto de vista que se tome como referencia, por lo cual varias de ellas pueden conjugarse o reunirse, a saber:

A) *Respecto de la parte en donde exista el litisconsorcio*, puede ser *activo*, si es en la demandante; *pasivo*, cuando es en la demandada; y *mixto*, en el caso que sea en ambas partes.

B) *De acuerdo con la relación jurídica material ventilada en el proceso*, que constituye la modalidad principal, por ser la que toman la casi totalidad de doctrinantes como referencia, pues frente a ella se estructuran las demás variantes, se clasifica en necesario y voluntario o facultativo. Le agregamos una intermedia, concebida por el tratadista español Fairén Guillén[1], que denomina cuasinecesario.

a) El *necesario* se presenta cuando la relación jurídico material discutida o ventilada en el proceso es una sola e indivisible, teniendo a más de un titular en la parte demandante, o en la demandada, o en ambas.

La razón estriba —según dijimos anteriormente— en que la decisión que se tome en la sentencia cobija a la totalidad de los titulares de la relación jurídica sustancial, cuya presencia, es indispensable, por lo cual la ausencia de cualquiera de ellos impide un pronunciamiento de fondo y determina un fallo inhibitorio.

El origen del litisconsorcio necesario, como lo expresa el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, se encuentra en que la relación jurídica sustancial ventilada en el proceso no permite, "por su naturaleza o disposición legal", resolverla sin la presencia de todos sus titulares. Son pues, dos las causas que determinan el litisconsorcio necesario, a saber:

a') *Legal*, cuando es la propia disposición la que lo consagra, como ocurre con la pertenencia, el deslinde y amojonamiento y la servidumbre, en los cuales se requiere, conforme con los artículos 407, 415 y 460 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente, la presencia de todos los que tengan derechos reales principales sobre el bien o bienes.

b') Por su *naturaleza*. En determinadas relaciones jurídicas que surgen por virtud de la voluntad de los contratantes y se contraen o celebran con varios sujetos, en cualquiera o ambos de sus extremos, por ejemplo, compraventa, etc., el juez para poder modificarla, extinguirla, resolverla, declararla inválida o simulada y, en general, efectuar cualquier pronunciamiento que en forma alguna la altere, requiere la presencia de todos ellos en el proceso, por cuanto no

[1] Víctor Fairén Guillén, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 143 y 144.

es factible tomar una decisión en cualquiera de esos sentidos solo frente a unos, excluyendo a otros, a quienes no solo se les privaría de ejercer su derecho de defensa, sino que resultarían afectados patrimonialmente.

b) El *voluntario* —denominado también *facultativo*— ocurre cuando entre las varias personas que integran la parte demandante, la demandada o ambas, median relaciones jurídicas independientes, pero afines o conexas.

El fundamento de esta modalidad consiste en que, a pesar de la multiplicidad de relaciones jurídicas materiales y de la independencia que existe entre ellas, por lo cual podrían ser objeto de procesos separados, se ventilan en uno solo para evitar que los elementos comunes en que estriba la afinidad o conexidad sean materia de decisiones contradictorias.

Pueden mencionarse como ejemplos los varios arrendatarios de un edificio que demandan a su común arrendador que impide u obstaculiza la entrada, el acreedor que reclama el pago de una obligación no solidaria contraída por varios deudores, los pasajeros del vehículo accidentado que reclaman los perjuicios a la empresa, etc.

c) El *cuasinecesario* —que participa del necesario, por la indivisibilidad de la relación jurídico-material, y del facultativo, por la opción de actuar como parte que tienen los posibles litisconsortes— consiste en que cualquiera de las personas que se hallan en una misma situación están legitimadas para adoptar la calidad de parte en el proceso, pero basta que actúe una sola de ellas para que pueda proferirse sentencia de fondo o mérito que las afecte o beneficie a todas.

Se presenta —según el ejemplo expuesto por FAIRÉN GUILLÉN[2]— cuando el accionista de una sociedad anónima demanda la nulidad de esta por no haber observado las formalidades establecidas por la ley para su constitución. La decisión que se tome, cualquiera que sea su sentido, cobija a la totalidad de los accionistas, intervengan o no en el proceso.

C) *De acuerdo con el momento en que se forme el litisconsorcio*, se divide en inicial y sucesivo.

a) El *inicial* tiene ocurrencia cuando las varias personas titulares de la relación o relaciones jurídicas materiales que se dirimen en el proceso demandan o son demandadas. En otras palabras, lo que caracteriza a este tipo de litisconsorcio es que se configura al integrarse la relación jurídico procesal, vale decir, al vincularse las dos partes en contienda, o sea, la demandante y la demandada.

Sucede, por ejemplo, cuando los varios comuneros de un predio demandan el deslinde contra el único propietario del predio colindante, o el prescribiente que formula la pretensión de pertenencia frente a todos los titulares de dominio del predio.

[2] *Ibidem*, págs. 143 y 144.

b) El *sucesivo* se presenta cuando la relación jurídico procesal se integra entre un demandante y un demandado, pero luego interviene un tercero cotitular del derecho ventilado o que tiene una pretensión propia y vinculada a la que se controvierte por ciertos elementos o por existir afinidad o conexidad entre ellas.

La primera variante —que corresponde al litisconsorcio necesario y está reconocida en nuestro ordenamiento procesal civil— se presenta, por ejemplo, en la servidumbre y cuando uno de los predios tiene dos comuneros, pero solo comparece uno de ellos —cualquiera que sea la posición que adopte, esto es, demandante o demandado—, interviniendo el otro con posterioridad a la notificación de la demanda, con quien se integra el litisconsorcio.

La segunda modalidad hace referencia al litisconsorcio voluntario, no aceptada por nuestra legislación, pero sí reconocida por otros ordenamientos positivos, como el italiano (art. 105), por lo cual su importancia queda limitada al campo teórico. Ocurre, v. gr., cuando de los diversos pasajeros afectados en un accidente, solo uno de ellos demanda los perjuicios a la empresa dueña del vehículo, interviniendo luego algunos o todos los restantes para que también se les reconozca.

En este último caso, de acuerdo con la reglamentación del estatuto procesal civil vigente, lo que se impone, cuando todos los titulares de las diferentes relaciones jurídicas materiales no demanden conjuntamente, o sea, los afectados con el accidente, según el ejemplo expuesto, es formularlas en procesos separados, para luego acumularlas en uno solo, aspecto que, si lo inicia solo un demandante, también determina la integración del litisconsorcio sucesivo.

D) *Conforme a la conexidad o afinidad que medie entre las diferentes relaciones jurídicas materiales o sustanciales*, circunstancia que permite tramitarlas en un mismo proceso —razón por la cual solo puede predicarse del voluntario o facultativo—, el litisconsorcio se clasifica en propio e impropio.

a) El *propio* se caracteriza por la conexidad de las diversas relaciones sustanciales, como acontece cuando el acreedor demanda a los varios deudores no solidarios de una obligación que tiene la misma fuente u origen.

b) El *impropio* se distingue por mediar entre las diferentes relaciones sustanciales una simple afinidad en razón de tener elementos comunes, representados concretamente en los puntos de hecho o de derecho en que se apoyan o fundan.

Son ejemplos, con base en aspectos de hecho, cuando varios demandantes reclaman la indemnización de perjuicios ocasionados por el demandado como consecuencia de un accidente; y con base en puntos de derecho, si varios contribuyentes reclaman la devolución de las cantidades pagadas por concepto de impuestos establecidos por una disposición cuya ilegalidad se pretende.

E) *De acuerdo con los litigios existentes*, igualmente en relación con el voluntario o facultativo, el litisconsorcio puede ser simple y recíproco.

a) El *simple* —de mayor ocurrencia— se presenta cuando los litisconsortes solo están en litigio o enfrentados únicamente con la contraparte, pero no entre sí.

Esta modalidad es característica del necesario, en razón de la indivisibilidad de la relación jurídica sustancial discutida en el proceso, pero también rige en la mayoría de las situaciones que estructuran el voluntario. Es ejemplo cualquiera de los citados anteriormente, vale decir, el de quienes sufren perjuicios con el accidente, los arrendatarios afectados por la conducta del arrendador común, los contribuyentes que reclaman el reintegro de lo pagado con base en un acto cuya ilegalidad se pretende, etc.

b) El *recíproco* —figura que expresamente consagra nuestro Código de Procedimiento Civil— sucede cuando los litisconsortes están enfrentados, es decir, con intereses opuestos, no solo en relación con la contraparte, sino también entre sí.

Se presenta en el llamamiento en garantía, cuando el demandado cita al tercero con quien tiene un vínculo jurídico para que sea condenado a reintegrar lo que tenga que cancelarle a la contraparte. Así, v. gr., si se demanda al dueño de un vehículo automotor para que se le condene por los perjuicios causados en un accidente, este puede citar a la compañía de seguros para que le reintegre hasta la cantidad que cubre el amparo. Hay controversia entre el afectado con el accidente y quien lo ocasiona y de este con la compañía de seguros, que puede invocarle las causas de exoneración por el siniestro.

En materia penal no tiene aplicación el litisconsorcio necesario, por cuanto la acusación y consiguiente responsabilidad es individual, pero sí el voluntario, cuando el ilícito es uno solo y sus autores son varias personas. Sin embargo, el voluntario no ofrece, precisamente por la individualidad de la responsabilidad, las mismas modalidades del campo civil, en primer lugar, porque no es producto del querer de los acusados, sino de la vinculación que les hace el funcionario que formula la acusación; en segundo, porque en relación con la parte que se presenta solo puede ser pasivo; y, en tercero, porque entre las restantes formas que adopta, la única viable es la simple, por descartarse enfrentamiento entre ellos, así cada uno pretenda descargar su responsabilidad en otro, por cuanto esta es una conducta que no constituye vínculo jurídico objeto de la decisión, sino un simple medio de ejercer su propia defensa.

## 5. Efectos

El litisconsorcio origina toda una secuela de características que diferencian el necesario del voluntario en cuanto a la actividad procedimental. Ellas son:

A) *Por lo referente al procedimiento*. Tanto en el voluntario como en el necesario, el trámite por seguir es el mismo, pues el litisconsorcio se caracteriza porque se define en un solo proceso.

Sin embargo, denota peculiaridades en cada una, porque en el necesario, a pesar de la indivisibilidad de la relación material, tiene actuaciones que solo atañen o cobijan a cada litisconsorte en particular, como sucede con el traslado de la demanda, el reconocimiento de apoderado, etc., mientras que en el facultativo, aun cuando las relaciones sustanciales son varias, tantas cuantos sean los litisconsortes, hay trámites que son comunes, como es el período probatorio, el término para recurrir, el de formular los alegatos, etc.

B) *En cuanto a la sentencia*. Esta providencia, como resultado de lo expuesto anteriormente en relación con la unidad de la actuación, es una sola para las dos modalidades del litisconsorcio, pero mientras que en el necesario la decisión es única, común para todos, en el voluntario hay tantas cuantos constituyan el número de litisconsortes.

En el litisconsorcio necesario es indispensable la presencia de todos los litisconsortes para que el funcionario judicial pueda proferir en la sentencia una decisión de fondo, esto es, que acoja o niegue la pretensión formulada, porque como la relación material o sustancial es única, no puede escindirse y pronunciarse en un sentido para unos y en otro diferente para los restantes, como lo anotamos en su oportunidad. Si no concurren todos los litisconsortes necesarios se impone una sentencia inhibitoria, que, para evitarla —puesto que el proceso tendría resultados ilusorios—, nuestro ordenamiento ha dotado al juez de la facultad de citar a los ausentes en cualquier oportunidad durante la primera instancia; asimismo las partes, dentro de igual oportunidad, pueden pedir la citación de los litisconsortes que no han concurrido, disponiendo el demandado, además, del impedimento procesal correspondiente, que le es dable proponer durante el traslado de la demanda.

C) *Respecto de los actos procesales*. Por lo tocante a este aspecto, independientemente de la modalidad del litisconsorcio, es preciso distinguir la clase de acto y las consecuencias que produce en el proceso.

Hay actos que se refieren exclusivamente al procedimiento, como la petición para que se surta una etapa común, v. gr., el período probatorio, el de alegar, que se dicte sentencia, etc., en relación con los cuales el realizado por cualquiera de los litisconsortes, sea necesario o facultativo, afecta o beneficia por igual a todos, en virtud de la unidad de actuación.

Existen otros actos que implican disposición expresa del derecho material discutido, como el del allanamiento, el desistimiento total, la transacción, etc., que obran de diferente manera en cada una de las clases de litisconsorcio.

En efecto, cuando se trata de litisconsorcio facultativo, como cada litisconsorte es titular exclusivo de una relación material dirimida, basta que él realice el acto para que este produzca todas sus consecuencias o efectos; en cambio, en el necesario, por ser la relación única, forzosamente requiere que provenga de todos los litisconsortes, so pena de que sea ineficaz.

D) *En relación con las pruebas.* Este asunto presenta una situación semejante a la de los actos procesales, tanto en lo que se refiere a la carga de la prueba como a esta en sí misma considerada.

Por lo atinente a la carga de la prueba, cuando se trata de litisconsorcio necesario recae por igual sobre cada uno de los litisconsortes, por lo cual la gestión de uno solo de ellos aprovecha a todos. En el voluntario, en cambio, cada litisconsorte soporta la carga en cuanto a los hechos que son de su exclusivo interés o inherentes a la relación material de la que es titular, pero respecto a los que constituyen el punto de afinidad o conexidad, recae por igual sobre todos y, en consecuencia, la actividad de cualquiera beneficia a los restantes.

Para ilustrar el voluntario puede citarse el ejemplo antedicho de los pasajeros afectados con el accidente que demandan los perjuicios. Hay un hecho común, el accidente, que les interesa demostrar a todos los afectados, pero basta que uno solo pida las pruebas pertinentes para que sus resultados cobijen a los restantes. La situación varía respecto del hecho individual, esto es, el perjuicio que con el accidente se ocasionó, que es propio o exclusivo de cada litisconsorte.

La práctica de las pruebas guarda semejanza con lo dicho acerca de la carga, salvo en el litisconsorcio necesario y lo concerniente a determinadas medios probatorios, en los cuales el órgano de estas son los propios litisconsortes, como acontece con la confesión, que requieren provenir de todos ellos, como resultado de la indivisibilidad de la relación material controvertida, so pena de que sea ineficaz, es decir, que no surta sus naturales consecuencias, como la de llevar al juez el convencimiento de los hechos que se quieren establecer por dichos medios probatorios. La confesión de uno o algunos de los litisconsortes necesarios, se toma como un simple testimonio, que se aprecia en concordancia con los otros medios probatorios y conforme a las reglas de la sana crítica, que es el sistema vigente en nuestro medio.

E) *En cuanto a los recursos.* La situación es diferente, según se trate de litisconsorcio necesario o voluntario y, en uno u otro, de acuerdo con la clase de providencia y la decisión recurrida.

En el facultativo, como cada litisconsorte frente al derecho debatido es independiente, la regla general es que el recurso solo cobija al que lo interpone, como sucede con la sentencia.

Sin embargo, cuando la providencia contiene una decisión común para todos, como es el caso del auto admisorio, el que fija el período probatorio, etc., el recurso interpuesto por cualquier litisconsorte los afecta o beneficia a todos.

En el necesario, en virtud de la indivisibilidad de la relación material, el recurso interpuesto por cualquiera de los litisconsortes surte efectos frente a todos, como es la apelación interpuesta contra la sentencia.

A pesar de lo anterior, que constituye la regla general en esa modalidad del litisconsorcio, hay muy pocas providencias que solo incumben a un litiscon-

sorte, por ejemplo, el auto que niega el poder otorgado, que solo puede ser recurrido por el afectado, pues a él exclusivamente le atañe la decisión.

F) *En materia de excepciones*. Las excepciones, entendidas —según lo veremos más adelante— como un medio de defensa que realiza el demandado para dejar sin fundamento la pretensión del demandante con base en hechos generalmente diferentes de los que fundan esta, presentan en los dos litisconsorcios una situación semejante a la de los actos procesales.

En efecto, las excepciones —según el criterio adoptado por nuestro Código de Procedimiento Civil, que sigue la orientación general imperante— deben ser, en su mayoría, reconocidas de oficio por el juez, por lo cual no existe diferencia al respecto entre los dos tipos de litisconsorcio.

La diferencia ocurre en cuanto a las excepciones que solo pueden ser reconocidas por el juez si se invocan expresamente en la contestación de la demanda —como sucede con la prescripción, la compensación y la nulidad relativa, conforme al ordenamiento procesal civil que actualmente nos rige—, respecto de las cuales la situación es distinta en cada litisconsorcio, pues mientras en el necesario basta que cualquier litisconsorte la proponga para que se considere y los beneficie a todos, en el voluntario es individual y solo cobija a quien la invoque.

G) *En cuanto a impedimentos procesales*. Este aspecto —en el sentido expuesto al tratarlo como derecho emanado de la contradicción— es igual para los dos litisconsorcios, pues en ambos cobija a todos los litisconsortes, salvo cuando sea en la parte demandante, es decir, activo, y se refiera a una situación personal o particular de uno de ellos, como ocurre con la indebida representación o la falta de prueba para establecer la calidad con que actúa, etc.

H) *Respecto de la oposición*. Este acto —concebido como la conducta del demandado que se propone dejar sin efectos la pretensión del demandante— es, en cierto sentido, similar a los que implican disposición del derecho, particularmente en el litisconsorcio necesario, puesto que la actitud de uno solo de los litisconsortes es suficiente para que las consecuencias que sobrevengan cobijen a todos.

En el facultativo cada litisconsorte adopta la conducta que considere más adecuada a sus intereses. De consiguiente, la oposición que cada quien formule, solo a él lo beneficia o lo perjudica.

En el necesario —como dijimos— basta que uno solo formule oposición para que el juez, así los restantes se allanen, tenga que darle curso y considerarla. La razón estriba en que el allanamiento, por ser un acto de carácter dispositivo, requiere que provenga o emane de todos los litisconsortes, por lo cual la inconformidad de uno solo es suficiente para que no se configure.

I) *Respecto de la representación*. Nuestra legislación, en lo que es común para todas las ramas y en contra del criterio adoptado por la mayoría de los orde-

namientos procesales extranjeros, consagra la facultad para cada litisconsorte necesario de designar su propio apoderado o representante.

En el facultativo o voluntario, por su índole, con mayor razón la representación convencional puede ser independiente. Decimos que puede, por cuanto es viable que un mismo apoderado represente a todos o algunos de los litisconsortes voluntarios, siempre que entre ellos no existan intereses encontrados, como acontece en el recíproco.

En cuanto a representación forzosa, particularmente cuando debe proveerse de curador *ad litem* a algunos de los litisconsortes, sin consideración a la modalidad de este y si no median intereses encontrados, la misma persona puede representarlos a todos.

J) *En materia de expensas*. En este aspecto la situación es variable en las dos modalidades del litisconsorcio, aunque en ciertos puntos comparten las mismas reglas.

En el voluntario, cada litisconsorte forma una parte independiente ante la contraria y, por tanto, los gastos que haga como consecuencia de los actos que realice, son de su cargo. Sin embargo, puede ocurrir que se causen expensas por un acto solicitado por uno solo de los litisconsortes, pero realizado en interés de todos, como sería la inspección judicial para establecer los hechos mediante los cuales el arrendador demandado obstaculiza el ingreso de los arrendatarios demandantes, en el ejemplo que hemos venido tomando. En esta hipótesis, los gastos —en nuestro concepto— se sufragan por todos los litisconsortes y en proporción al interés que cada uno tenga en el proceso. Si tales expensas se cancelan por uno solo, este puede obtener de los restantes el respectivo reintegro.

En el necesario, las expensas correspondientes a un acto de carácter individual, esto es, que solo va en interés de quien lo lleva a cabo, las sufraga este, como ocurre con un desglose, copias, etc. Los actos comunes, los realizados en interés de todos, como son las pruebas o las copias para surtir una apelación, consideramos que le corresponde sufragarlos a todos y en proporción al derecho que cada uno tenga en la relación material dirimida en el proceso. Así, por ejemplo, si se trata de imponer una servidumbre en favor de un predio, que tiene tres propietarios, de los cuales uno posee el 50 por ciento y los dos restantes el 25 por ciento cada uno, en esta misma proporción tienen que contribuir a las expensas de la inspección judicial que se impone llevar a cabo.

Entonces, si las mencionadas expensas las cubre uno solo o algunos de los litisconsortes necesarios, estos pueden obtener el reintegro de la parte que les corresponde sufragar a los restantes, mediante providencia que al efecto dicte el funcionario judicial, con la cual, si no se cancelan voluntariamente, puede instaurarse la respectiva ejecución, ya que no es viable aplicar la sanción de no ser oídos, que consagraba el Código de Procedimiento Civil, por haberla eliminado el decreto 2282 de 1989.

K) *En materia de costas.* Este aspecto exige distinguir entre la imposición de las costas y la liquidación que, como consecuencia de esa decisión, es necesario efectuar.

En el litisconsorcio voluntario, como cada litisconsorte tiene una posición independiente ante su contraparte, exige tantos pronunciamientos y liquidación de costas cuantos sean los que constituyen el número de litisconsortes. Tales pronunciamientos pueden ser favorables para unos y adversos para otros litisconsortes, sin que ello signifique necesariamente que no puedan ser iguales para todos.

En el litisconsorcio necesario, como la relación jurídica material ventilada es una sola, la imposición en costas es asimismo única, o sea, que afecta o beneficia por igual a todos los litisconsortes, pero presenta situación diferente, según la liquidación sea a favor o en contra de estos.

En el primer caso, esto es, cuando son en favor de los litisconsortes, se practican tantas liquidaciones cuantos sean los litisconsortes que lo integran, porque esa obligación es divisible y depende, entre otras cosas, de la actividad que cada uno haya desplegado en el proceso, pues es mayor la de quien estuvo representado y sufragó las expensas que la de aquel que guardó conducta pasiva.

En el segundo caso, o sea, si las costas son a cargo de los litisconsortes, la liquidación es una sola, pero la cancela cada uno de los integrantes de la parte litisconsorcial en proporción al interés que tengan en la relación jurídica material ventilada en el proceso, lo cual determina el juez en la providencia en que imponga la condena y, en el supuesto que guarde silencio al respecto, se entiende que han de sufragarlas por partes iguales.

L) *En materia de nulidades.* Las circunstancias que generan nulidad pueden ocasionarse en hechos o actos que atañen a una persona en particular, como ocurre en la indebida representación, la falta de emplazamiento, etc., o bien que comprendan a todas, como sucede con la omisión del período probatorio o el de alegar, el trámite inadecuado, etc.

Con las limitaciones que consagra nuestra ley en cuanto a la invocación o proposición de la nulidad, según los cuales, tanto en el necesario como en el voluntario, solo puede alegarla el afectado que no la haya originado, su declaratoria determina que la actuación que ella comprenda o cobije tenga que surtirse de nuevo, ya que el procedimiento es uno solo e indivisible.

Empero, cuando se trata de indebida representación o falta de notificación del auto que lo vincula al proceso, que son individuales, si se invocan, como lo permite la norma, con posterioridad a la sentencia y dentro de la actuación tendiente a cumplirla o el recurso de revisión, el procedimiento, en el litisconsorcio necesario, se restablece en su totalidad y en el facultativo o voluntario solo con respecto a parte afectada.

M) *En materia de cosa juzgada.* La cosa juzgada, cualquiera que sea el tipo de litisconsorcio, solo ampara las decisiones definitivas de fondo, vale decir, las que se pronuncian sobre la pretensión, bien para acogerla o negarla. Se excluyen, por tanto, los pronunciamientos inhibitorios, puesto que permiten volver a plantear la cuestión litigiosa entre las mismas partes.

En el litisconsorcio voluntario, como hay varias decisiones, tantas cuantos sean los litisconsortes, es factible que existan unas de fondo y otras inhibitorias, por lo cual, respecto de la sentencia, la cosa juzgada es divisible, ya que solo ampara a las primeras, mas no a las segundas.

*A contrario sensu*, como el litisconsorcio necesario entraña una sola decisión, que cobija a todos los litisconsortes, si ella es de fondo, queda amparada por la cosa juzgada; mas no ocurrirá así, si es inhibitoria. En otros términos, en el litisconsorcio necesario, cuando la decisión es de fondo, la cosa juzgada es indivisible para todas las personas que intervienen o actúan como partes en el proceso.

La decisión inhibitoria, sin embargo, se impone precisamente cuando al proceso no concurran todos los litisconsortes, por cuanto —repetimos— el pronunciamiento tiene que cobijarlos a todos. Surge el interrogante, que los doctrinantes responden en forma diversa, sobre la conducta a seguir si el juez equivocadamente dicte sentencia de fondo, imponiéndose la inhibitoria, por no asistir al proceso uno o más de los litisconsortes.

La mencionada hipótesis —bastante remota en nuestro medio, por la facultad de que disponen el juez y las partes para citar a los ausentes, en lo que se denomina *integración de contradictorio*— determina, sin lugar a dudas, que no pueda volver a instaurarse con éxito un segundo proceso, ya que en este invocaría la excepción de cosa juzgada cualquiera de los que comparecieron al primero, sea los litisconsortes o la contraparte, la cual tendría que acogerse.

En el supuesto que se profiera sentencia de fondo y contra ella se interpusiera apelación, en la actualidad, de conformidad con la interpretación dada por nuestra Corte Suprema de Justicia, que compartimos, no hay lugar a revocar la decisión y, en su lugar, proferir una inhibitoria, sino que lo indicado es declarar la nulidad de la dictada por el de primera instancia, para que este, una vez recibido el expediente, ordene citar a los litisconsortes necesarios que fueron excluidos, darles oportunidad para que ejerzan su derecho de defensa y luego entrar a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida en el proceso[3].

## 6. Demanda de coparte

Esta figura, consagrada en el Código Procesal de Puerto Rico, inspirado por el Código Judicial de Panama y ausente en nuestro ordenamiento, fue

[3] Sent., cas., 6 octubre 1999, exp. 5224. Magistrado ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

traída a la doctrina nacional por HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO[4] y se concibe, conforme el artículo 1307 de ese ordenamiento, "si hubiere varios demandados y alguno de ellos deseare ejercer una pretensión en contra de otro o de otros de los demandados, que se origine en la misma relación jurídica o de los mismos hechos que son objeto del proceso, el demandante reclamante podrá hacer valer sus derechos mediante presentación del respectivo libelo"

Como lo anota el mismo autor, en esa legislación no existe una reglamentación de esa figura, pero, según se infiere del concepto, requiere que medie una controversia o diferencias entre los litisconsortes pasivos, en cualquiera de sus modalidades, eso es, necesarios, facultativos o cuasinecesarios, condicionada a que tenga relación con el asunto debatido en el proceso y se ventila conjuntamente con este para decidirla en la sentencia.

En nuestro Código de Procedimiento Civil, que sirve de soporte a los restantes, como se infiere de lo antes expuesto, esta figura no está consagrada y tampoco creemos que puede ubicarse dentro de las reconocidas, aunque han mediado pronunciamientos tendentes a darle reconocimiento, con fundamento en lo consagrado en el artículo 82 del mencionado Código, que reglamenta la acumulación de pretensiones.

## **Sección II.** *Intervención de terceros*

### 7. CONCEPTO

Por tercero, en su más amplia acepción, se entiende la persona ajena a determinado acto, es decir, quien no participa o interviene en este y tampoco es sujeto de la relación jurídica dirimida, la cual, por tanto, no lo beneficia o afecta. Frente a la compraventa celebrada entre dos personas, las restantes tienen la calidad de terceros.

En ese orden de ideas, pero desde el punto de vista procesal, tercero es quien no interviene en el proceso como parte y carece de interés en el asunto o materia del debate, por cuanto la decisión que en él se tome no lo afecta o beneficia. En un proceso donde el vendedor solicita del comprador la resolución de la compraventa, ellos son partes, con la calidad de demandante y demandado, respectivamente. Cualquier otra persona es tercero, pues no solo fue ajeno al acto sustancial discutido, o sea, la compraventa, sino que tampoco actúa como parte en el proceso.

Es factible, sin embargo, que existan personas que no comparecen al proceso, pero que son titulares de la relación jurídica sustancial que en él se ventila o que, aun no siéndolo, la decisión que se tome puede afectarlos o simplemen-

[4] HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *Procedimiento civil*, t. I, 9ª ed., Bogotá, Edit. Dupré, 2005, págs. 353 a 360.

te hacer más difícil la defensa de su propio derecho. Estas personas, con base en la mencionada circunstancia, que las legitima, pueden intervenir en el proceso y adoptar la calidad de parte, cuya modalidad depende de su condición frente al derecho controvertido entre el demandante y el demandado iniciales.

Para ilustrar las dos modalidades podemos citar sendos ejemplos. De lo primero, cuando dos personas venden un bien y solo una de ellas demanda al comprador solicitando la resolución del contrato por no pago del precio. La que demanda y la demandada tienen la calidad de partes. El otro vendedor es un tercero, pero como también es titular de la relación sustancial debatida, puede intervenir al proceso y adoptar la calidad de parte. De lo segundo, en caso que el prescribiente instaure un proceso de pertenencia contra quien aparece como titular de dominio en la oficina de registro para que se reconozca su propiedad con base en la usucapión. Las partes en ese proceso son, pues, el prescribiente como demandante y el propietario inscrito como demandado. El acreedor del prescribiente puede intervenir como parte apoyando o coadyuvando a este, pues tiene interés en que la prescripción prospere a fin de contar con el respaldo que ese bien le da para obtener la cancelación de su crédito.

Así, pues, según lo expuesto, la intervención del tercero puede concebirse como la comparecencia que hace una persona al proceso, posteriormente a la constitución de la relación jurídico-procesal, por su propia iniciativa o en virtud de la citación efectuada por el juez, sea de oficio o a instancia de parte, con la finalidad de sostener o sustentar el derecho del cual es titular o simplemente para apoyar al demandante o demandado, por tener con cualquiera de estos un vínculo jurídico que puede verse afectado con la decisión tomada en la sentencia.

### 8. Diferencia con la parte

De lo expuesto se infiere que la diferencia esencial que existe entre la parte inicial y el tercero reside en el momento en que se hacen presentes al proceso y no del interés que uno y otro tengan en el asunto debatido.

En efecto, la parte actúa desde el principio y con ella se integra la relación jurídica procesal; en cambio, el tercero interviene con posterioridad a esa oportunidad, pero una vez admitido tiene los mismos derechos, obligaciones y deberes de las partes, salvo algunas modalidades en que se encuentran limitadas, como sucede con el transitorio, que actúa solo en determinado trámite, y el adhesivo, que únicamente está facultado para suplir las omisiones de la parte a la que apoya.

### 9. Características

La intervención del tercero, sin consideración a la variante que presente, cada una de las cuales, desde luego, como lo expondremos adelante, tiene sus propias peculiaridades, reviste varias características, que son:

a) *La calidad de tercero se tiene hasta el momento en que se produce su vinculación o intervención en el proceso*, por cuanto, a partir de ese acto, queda convertido en parte, con todas las secuelas que esta calidad implica, aunque en algunas modalidades —conforme lo indicamos anteriormente— se encuentran limitadas, como ocurre en el transitorio y el adhesivo.

Las partes originales son el demandante —quien demanda— y el demandado —contra quien se demanda—, y todas aquellas personas que el juez oficiosamente ordena citar en el auto admisorio, como acontece cuando integra el contradictorio, esto es, llama a los litisconsortes necesarios que fueron excluidos en la demanda. En consecuencia, los que intervienen con posterioridad a la constitución de la relación jurídica procesal adoptan la calidad de terceros intervinientes.

b) *La razón que legitima al tercero para intervenir* es su interés en el asunto debatido, sea que comparezca en virtud de citación o por su iniciativa.

El interés, que tiene su propia característica en cada una de las modalidades que presenta la intervención, consiste en la especial consideración en que determinadas personas se encuentran en cuanto a la pretensión que se discute en el proceso y que implica que esta las cobije directa o indirectamente.

a') El interés es *directo* cuando el que interviene sustenta su propio derecho, sea independiente o compartido con otros. Acontece lo primero, cuando un acreedor a fin de obtener la cancelación de su crédito comparece al ejecutivo ya en curso contra su deudor; lo segundo, el litisconsorte necesario que se cita para integrar el contradictorio, por ejemplo, el comunero de un bien en el proceso de servidumbres.

b') El interés es *indirecto* si el tercero carece de titularidad alguna en el derecho que se discute en el proceso, pero que, por la circunstancia de tener con una de las partes un vínculo jurídico sustancial, cuyo reconocimiento o efectividad puede serle difícil si esta es vencida, interviene para apoyarla, a fin de que la sentencia le sea favorable. Se presenta en la intervención adhesiva o coadyuvante, de la cual citamos como ejemplo al acreedor del prescribiente en el proceso de pertenencia.

## **10.** Clases de intervención

La primera gran división de la intervención de terceros, fundada en el derecho material discutido en el proceso, se ramifica en la principal y la adhesiva, accesoria o coadyuvante.

## **11.** Intervención principal

A) *Concepto*. La intervención principal se presenta cuando el tercero interviene en el proceso, sea por su propia iniciativa o a instancia de parte o del juez, a fin de formular o sustentar su propio derecho.

B) *Características*. De lo anterior se colige que los distintivos de esta modalidad son los siguientes:

a) *El tercero formula o sustenta su propio derecho*. Decimos que derecho, por cuanto es un vocablo genérico que comprende a las dos partes, posiciones ambas que el tercero puede asumir, y no pretensión, que es específica, puesto que solo se refiere al demandante. Además, afirmamos que es propio, por pertenecer o tener por titular al tercero. Esta titularidad puede ser *independiente*, cuando el tercero es el único en quien reside el derecho, o *compartida*, si existe también en quienes ya tienen la calidad de partes, sea como demandante o demandado.

Pueden citarse como ejemplo situaciones ya mencionadas. El del acreedor que interviene al ejecutivo ya en curso contra su deudor, que hace valer un derecho del cual es exclusivo titular. El derecho se comparte en la imposición de una servidumbre, cuando el bien llamado a soportarla es propiedad de varias personas (comunidad) y alguna de ellas, que no fue incluida en la demanda, comparece para integrar la parte demandada.

b) *La intervención puede originarse por la propia iniciativa del tercero, o mediante orden impartida por el funcionario*, de oficio o en virtud de petición de parte.

Es ejemplo de intervención del tercero por su propia iniciativa el acreedor que comparece al ejecutivo instaurado contra su deudor. Hay citación, de oficio o a instancia de parte, cuando en la servidumbre alguno de los predios tiene varios titulares de dominio y solo adoptan la calidad de demandantes o demandados, según el caso, algunos de ellos, porque es indispensable vincular a los restantes para integrar el litisconsorcio necesario.

C) *Clasificación*. La intervención principal puede ser permanente o transitoria, según la duración que tenga en el proceso.

## 12. Intervención principal permanente

A) *Concepto*. Consiste en que el tercero queda vinculado al proceso desde el momento en que es admitido o recibe la notificación de la providencia que dispone su comparecencia, hasta cuando el proceso finaliza.

B) *Clasificación*. La intervención permanente, por su parte, puede revestir dos modalidades: la voluntaria y la forzosa.

## 13. Intervención principal voluntaria

A) *Concepto*. Es la que se presenta cuando el tercero interviene por iniciativa propia, sin que medie citación de parte, o, a pesar de mediar, por sí sola no lo vincula al proceso.

B) *Origen*. Esta modalidad forma parte de la permanente, por cuanto, en ciertas ocasiones, el interviniente adquiere la calidad de demandante o demandado, conjuntamente con quienes ya lo son, y, por tanto, corre la misma suerte de estos; en cambio, en otros casos su posición es autónoma, ya que formula su propia pretensión, a la cual se le da un trámite independiente, a lo menos en cuanto a la integración de la relación jurídico procesal, situación que precisamente le permite desvincularse del proceso, poniéndole término a ella por cualquiera de los medios anormales con que finaliza este, o bien esperar la culminación normal de toda la actuación para que su pedimento sea considerado en la sentencia.

C) *Características*. Así mismo, de la definición se deduce la característica esencial de esta clase de intervención, cual es que el tercero comparece al proceso de manera espontánea y no en virtud de orden impartida por el juez. Es factible —como dice el maestro DEVIS ECHANDÍA[5]— que se cite al tercero, pero que esta citación por sí misma no lo vincule al proceso por quedar en libertad de concurrir o no, porque solo adquiere la calidad de parte una vez aceptada su solicitud de admisión.

Tal situación se observa en el acreedor hipotecario que es citado al ejecutivo adelantado contra su deudor y en el cual se afecta con medidas cautelares (embargo o secuestro) el bien hipotecado. El acreedor hipotecario queda en libertad de intervenir en el ejecutivo para que se le pague su crédito con la prelación que la ley le otorga, o bien instaurar su propia ejecución y hacer valer en ella la garantía real que le permite obtener prelación en las cautelares.

D) *Presupuestos*. Los presupuestos para el funcionamiento de esta figura son los siguientes:

a) *La competencia del juez para conocer del derecho invocado por el tercero*. Esta modalidad sobra cuando existe cotitularidad del derecho entre quienes ya son partes y el interviniente (litisconsorcio necesario), pues la única modificación que se produce se contrae al aumento del número de demandantes o demandados, según el caso, pero sí es relevante en el supuesto de que el tercero invoque un derecho autónomo, ya que su intervención implica, por así decirlo, un nuevo proceso, por introducir su propia pretensión.

b) *La pretensión se dirime mediante el mismo proceso que cursa entre las partes*. Aquí cabe aplicar lo dicho en el aparte anterior, sobre todo en lo que respecta a cuando el tercero interviene con una pretensión independiente, puesto que a ella se le da su propio curso, emparejándola con la actuación principal, para decidirlas en una misma sentencia.

[5] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1962, pág. 558.

## 14. Intervención principal forzosa

A) *Concepto.* La intervención principal forzosa ocurre cuando el tercero que interviene en el proceso formula su propia pretensión o derecho, pero vinculándose merced a la citación que decreta el juez de oficio o en virtud de petición de cualquiera de las partes, demandante o demandado.

B) *Características.* La intervención principal forzada se caracteriza porque el tercero queda vinculado al proceso aun contra su voluntad y por el solo hecho de recibir la notificación del proveído que dispone su comparecencia. Puede acontecer, por tanto, que el tercero reciba la notificación o guarde una conducta totalmente pasiva, sin que ello implique que se sustraiga a los efectos de la sentencia.

Desde luego, es indispensable que exista una circunstancia que determine la citación del tercero. Esa circunstancia estriba en que el tercero es cotitular del derecho material ventilado en el proceso (litisconsorcio necesario), en igualdad de condiciones a las partes originales, o bien porque tiene una relación sustancial con el demandante o demandado sobre la cual debe pronunciarse el juez, puesto que es secuela indispensable de la que constituye objeto central del proceso (*litis*). Puede citarse como ejemplo el llamamiento en garantía, que se presenta cuando se demanda a quien ocasiona unos perjuicios por un accidente de tránsito y ella cita a la compañía de seguros para que le reembolse la cantidad a que sea condenada.

C) *Requisitos.* Los requisitos para la viabilidad de la intervención forzada principal son los siguientes:

a) *Que medie citación*, sea ordenada de oficio por el juez en virtud de las facultades que para tal fin le confiere la ley, o bien porque así se lo solicite cualquiera de las partes.

b) *Que la citación por sí sola vincule al tercero al proceso.* Se descarta, por tanto, como ya lo expusimos, cuando se dispone la citación, pero ella no lo vincule al proceso, por quedar en libertad de concurrir o no.

## 15. Intervención transitoria

A) *Concepto.* La intervención transitoria se presenta cuando el tercero interviene exclusivamente para surtir determinada actuación, por lo general un incidente, cumplida la cual, queda desvinculado del proceso.

B) *Características.* Dicha intervención tiene sus propias características, que pueden concretarse a las siguientes:

a) *El tercero interviniente hace valer su propio derecho, independientemente del que tienen las partes*, el cual, incluso, es opuesto al de ellas. Por esta razón algunos doctrinantes consideran dicha figura como una modalidad de la

intervención excluyente. Así, por ejemplo, el tercero cuyos bienes son afectados con las cautelares decretadas en un ejecutivo y comparece a este para obtener su levantamiento. El derecho del tercero se funda en su condición de poseedor, calidad que hace valer frente a las dos partes, ejecutante y ejecutado.

b) *El derecho que reclama el tercero no tiene nada que ver con el que es materia de la litis*, el cual, por tanto, no es alterado con su presencia. Por consiguiente, de ninguna manera la sentencia cobija al tercero que, se repite, es extraño a la materia sobre la cual ella recae. En el mismo ejemplo del ejecutivo, mientras que el ejecutante pretende obtener la cancelación de su crédito por el ejecutado, que constituye la materia u objeto del proceso, el tercero persigue el reconocimiento de su calidad de poseedor de los bienes afectados con las cautelares y su consiguiente levantamiento.

c) *Al tercero lo legitima el que un acto procesal verificado en determinado proceso afecta sus propios intereses*, teniendo que concurrir en su defensa. En el ejemplo del ejecutivo antes enunciado, las cautelares son actos propios de este tipo de proceso, que, al recaer sobre bienes de un tercero, afectan el derecho de este, facultándolo, por tanto, para intervenir en su defensa.

d) *La intervención transitoria* —como lo indica la palabra y se resalta en la definición— *solo es para surtir específicamente la actuación en la cual el tercero defiende sus derechos*. Con base en el mismo ejemplo enunciado del ejecutivo, el tercero interviene y actúa tan solo en el incidente que al efecto corresponde tramitar, pero, una vez en firme o ejecutoriada la respectiva providencia que le ponga término, cualquiera que sea el sentido de la decisión, queda desvinculado del proceso.

e) *El tercero tiene todas las calidades inherentes a las partes, pero solo puede actuar dentro del trámite que ocasiona su intervención*. En el ejemplo citado del ejecutivo, el tercero está facultado para pedir pruebas, impugnar providencias y, en general, realizar todos los actos procesales propios del incidente que origina su intervención; pero, en relación con algún otro trámite, le está vedada cualquier gestión.

C) *Clasificación*. La intervención transitoria, al igual que la permanente, se divide en voluntaria y forzosa.

a) *Voluntaria*, se presenta cuando el tercero interviene por su propia iniciativa, sin que medie citación decretada de oficio por el funcionario o a instancia de parte, como ocurre en el caso antes mencionado de quien es afectado con las cautelares practicadas en el ejecutivo en que no es ejecutante ni ejecutado.

b) *Forzosa*, ocurre cuando el tercero queda vinculado al proceso merced a la citación decretada por el juez, de oficio o a instancia de parte. Puede citarse como ejemplo el lanzamiento y el reivindicatorio, cuando al practicarse la diligencia de entrega ordenada en la sentencia se encuentra un tercero que alega y demuestra tenencia del bien y cuya calidad proviene de otro, igualmente ex-

traño a las partes, en quien reside, por tanto, la posesión. Si el demandante insiste en la entrega, a fin de darle oportunidad que desvirtúe la calidad de tercero poseedor, se cita a este para con su presencia decidir el incidente que al efecto corresponde tramitar. Como la vinculación del tercero se produce en virtud de la citación que se le hace, es forzosa; y como ella solo genera determinada actuación (incidente), es transitoria.

c) *Según el momento en que se produzca*, tanto la intervención voluntaria como la forzosa, pueden ser objeto de clasificación. Como la intervención origina —repetimos— actuación incidental, las modalidades que adopta son las mismas previstas para este tipo de actuación, a saber:

a') Preprocesal, cuando la intervención se produce luego de presentada la demanda, pero antes que el demandado sea notificado del auto admisorio o de trabarse la relación jurídico procesal.

b') Procesal, si acontece después de integrada la relación procesal y antes que el proceso termine normal o anormalmente.

c') Posprocesal, si se presenta con posterioridad a la sentencia y como efecto de su cumplimiento, como ocurre con el reivindicatorio.

En el ejecutivo la intervención que se produce con posterioridad a la sentencia no tiene la calidad de posprocesal, por cuanto con este acto no finaliza el proceso, porque solo es una más de las actuaciones que comprende ese proceso tendentes a obtener el pago de la obligación.

### **16.** Intervención adhesiva, accesoria o coadyuvante

A) *Concepto*. La intervención adhesiva o coadyuvante, como también se la denomina, se presenta cuando un tercero interviene para apoyar a una de las partes con quien tiene una relación sustancial a la cual no se extienden los efectos jurídicos de la sentencia, pero que hace más difícil la defensa de su derecho si esa parte es vencida en el proceso.

B) *Requisitos*. Para que la intervención adhesiva ocurra, se exigen los siguientes requisitos:

a) *Que medie una relación jurídica sustancial entre una de las partes*, sea demandante o demandado o interviniente principal, con el tercero. Se incluye al interviniente principal, por cuanto se refiere a quien tiene su propia pretensión y, por tanto, el pronunciamiento que con respecto a esta se haga, puede afectar a quien tenga con él un vínculo jurídico de carácter sustancial.

b) *Que se trate de un proceso de conocimiento*. Esta formalidad se desprende de la circunstancia de que solo en ese tipo de procesos es viable una decisión adversa que, consecuentemente, pueda afectar al tercero vinculado por una relación sustancial con la parte que resulte vencida.

c) *Que el tercero resulte afectado indirectamente con la decisión*, puesto que la sentencia adversa a la parte con quien lo liga una relación sustancial hace más difícil o imposible la defensa de su derecho.

Esto sucede cuando el tema de la decisión en el proceso influye sobre los presupuestos que configuran la relación del tercero con una de las partes. Por ejemplo, el acreedor de una parte contra quien se instaura una demanda de pertenencia sobre el único bien que integra su patrimonio, en virtud de que si prospera esa pretensión, lo está privando del respaldo para hacer efectivo su crédito.

d) *Que la relación jurídico material existente entre el tercero y la parte no sea materia del proceso.* Si dicha formalidad no se exigiera, el tercero adoptaría la calidad de parte principal.

Se descarta también cuando la relación del tercero y la parte sea objeto, aunque indirecto, de la decisión que se profiere en el proceso, como sucede con respecto al subarrendatario del arrendatario demandado en un proceso de restitución de la tenencia, puesto que aquel es causahabiente de este y, por tanto, a él se extienden los efectos de la sentencia.

C) *Calidad*. El tercero coadyuvante tiene la calidad de parte, pero con una legitimación limitada, ya que su actuación se reduce a suplir la conducta pasiva de la parte a la cual coadyuva, pero nunca a obrar contra esta; así, por ejemplo, puede interponer los recursos que no hayan sido propuestos por el coadyuvado, pero no invocarlos cuando este ha consentido la providencia.

Como consecuencia de lo anterior, existe prohibición para efectuar actos que impliquen disposición del derecho materia del proceso, como es el allanamiento, la transacción, la conciliación y el desistimiento, los cuales solamente pueden verificarlos las partes principales. Tampoco, por tanto, puede oponerse a ellos.

D) *Naturaleza*. La intervención del coadyuvante es esencialmente de naturaleza voluntaria, porque el tercero puede o no concurrir al proceso. Esto se explica por la misma índole de la figura, por cuanto el interviniente no es titular de la relación jurídica discutida en el proceso y, en consecuencia, tampoco lo cobija directamente la decisión que al efecto se profiera.

E) *Consecuencias de la intervención*. Las consecuencias de la intervención se manifiestan en dos aspectos, principalmente: las costas y la cosa juzgada.

a) *En materia de costas*, como en su lugar lo explicamos, solo atañen a quienes tienen la calidad de partes principales, sean permanentes o transitorias, pues solo con respecto a ellas se toma las decisiones que implican la condena en tal sentido; sin embargo, es factible que el coadyuvante proponga actuaciones independientes y con el exclusivo propósito de cumplir el objeto de su intervención, o sea, suplir la inactividad del coadyuvado; como sería un in-

cidente, supuesto en el cual, de resultar vencido, se le condena en ese sentido y, viceversa, imponérsele a la contraparte si la decisión le es favorable.

Es factible también que la actuación la hayan propuesto conjunta o sucesivamente el coadyuvante y el coadyuvado, como acontece cuando ambos recurren. En este supuesto —como lo propone DEVIS ECHANDÍA[6]— se procede en forma similar a como ocurre en el litisconsorcio necesario, o sea, que si tienen que soportar la condena, esta se divida en partes iguales, sentido en el cual es preciso que el funcionario judicial se pronuncie en la respectiva providencia; en cambio, si les es favorable, se practica doble liquidación, cada una con los gastos efectuados por los respectivos beneficiados, esto es, el coadyuvante y el coadyuvado, en razón de que ellos integran una sola parte frente a la contraria.

b) *Respecto de la decisión tomada en la sentencia* y la consiguiente cosa juzgada que de ella se desprende, si bien el tercero coadyuvante no es titular de la relación jurídico material sobre la cual recae el pronunciamiento, por haber actuado como parte, también lo cobija y, por ende, no puede discutirla y está obligado a respetarla.

F) *Clasificación*. La jurisprudencia sustentada antes de la expedición del actual Código de Procedimiento Civil, con fundamento en la doctrina, reconoció dos clases de intervención adhesiva, a saber:

a) *Simple o propiamente dicha*, "cuando el interviniente se encuentra en relación jurídica con la parte coadyuvada y no con el adversario, de tal manera que el resultado desfavorable del pleito haría más difícil la defensa en su derecho (como si el comprador interviene en el pleito del vendedor)"[7].

b) *Cualificada o especial* que procede solo "en tanto el tercero tenga un interés de hecho o económico. Ese interés jurídico procesal solo existe para tal efecto en los siguientes casos genéricos: a) cuando los efectos de la cosa juzgada de la sentencia afectan al tercero favorable o desfavorablemente; b) cuando el cumplimiento de la sentencia corresponde al tercero; c) cuando la sentencia debe producir los efectos accesorios o reflejos previstos en la ley; d) cuando la sentencia deba producir efectos probatorios en la relación entre el tercero y el adversario de la parte a quien ayuda. Por ejemplo, el proceso que se entable entre el donante y el donatario sobre la validez de una donación, la cual contiene una carga a favor del tercero, o entre el acreedor y el deudor, respecto de la existencia de un contrato en donde un tercero figura como fiador"[8].

[6] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal*, t. I, Teoría del proceso, 2ª ed., Bogotá, ABC, 1972, pág. 291.

[7] C. S. de J., cas. civ., sent., 29 marzo 1938, "G. J.", t. XLVI, pág. 267.

[8] C. S. de J., sala civil, auto, 21 noviembre 1939, "G. J.", t. XLVII, pág. 373; S. de N. G., auto, 30 noviembre 1940, "G. J.", t. I, pág. 219; sent., 29 marzo 1941, "G. J.", t. LI, pág. 749; S. de N. G., auto, 31 agosto 1945, "G. J.", t. LIX, pág. 1117.

Todas las modalidades de intervención del tercero tienen plena aplicación en el proceso civil, pero limitada en otras ramas que siguen sus principios —como el laboral, el contencioso administrativo, etc.— y de casi ninguna aplicación en el penal; por esta razón nos hemos concretado a mencionarlas y considerarlas como variantes de una institución o figura que pertenece a la *teoría general del proceso* y que no puede escindirse o dividirse, pero sin entrar a estudiar lo relativo al trámite, que corresponde a los procedimientos en particular, en especial el civil.

§ II. *Del objeto del proceso*

CAPÍTULO I

# LA PRETENSIÓN

## 1. CONCEPTO

Puede afirmarse que la pretensión nace como institución propia en el derecho procesal en virtud del desarrollo doctrinal de la acción y, particularmente, como consecuencia de la concepción abstracta.

Etimológicamente proviene de *pretender*, que significa querer o desear. En su acepción corriente se concibe como la "solicitud para conseguir una cosa que se desea"[1].

Jurídicamente existen varios criterios, aunque todos ofrecen un fondo común. Para COUTURE[2] la pretensión es la "autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que, invocándolo, pide concretamente se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica".

La pretensión procesal —como la denomina GUASP[3], quien, según lo anotamos, la constituye en el eje de su criterio— "es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración".

En una forma un tanto más simple, pero sin duda de gran significación, CARNELUTTI[4] dice que la pretensión es "la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio".

Entre nosotros, el maestro DEVIS ECHANDÍA[5] concibe la pretensión como "la declaración de voluntad del demandante para que se vincule al demandado en cierto sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos mediante una sentencia".

[1] *Diccionario de la Real Academia*, edición de 1947, pág. 1028.

[2] EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1958, pág. 72.

[3] JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, t. I, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág. 217.

[4] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Uteha, 1944, pág. 44.

[5] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal civil*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1963, pág. 97.

Con fundamento en lo expuesto y tratando de abarcar los dos principales campos, el civil y el penal, podemos afirmar que la pretensión es el acto de voluntad de una persona, en virtud del cual reclama del Estado, por conducto de la jurisdicción, un derecho frente o a cargo de otra persona.

## 2. Naturaleza jurídica

A pesar de que el concepto de pretensión es de reciente aparición en el derecho procesal, hay, sin embargo, unanimidad de criterio entre los tratadistas acerca de su naturaleza jurídica.

La pretensión no es un derecho o un poder sino, como antes se afirmó y lo sostienen, entre otros, CARNELUTTI[6], GUASP[7] y DEVIS ECHANDÍA[8], un acto de voluntad, por cuanto "es algo que alguien hace, no que alguien tiene; una manifestación, no una superioridad de la voluntad[9].

"Dicho acto —dice el insigne maestro italiano[10]—, no solo no es, sino que ni siquiera supone el derecho (objetivo); la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene el derecho como por quien carece de él, pudiendo en consecuencia ser fundada o infundada".

GUASP[11], por su parte, al resaltar la importancia de su concepto, constituido en la columna vertebral de su sistema, sostiene que "la pretensión es una declaración de voluntad, no una declaración de ciencia ni de sentimiento, porque en ella se expone lo que un sujeto quiere y no lo que sabe o siente. De aquí —continúa— que el nombre de pretensión resulte preferible al de afirmación o razón, otras veces empleado".

"Pero no se trata de una declaración de voluntad afín a las que conoce el derecho civil, es decir, de un negocio jurídico, sino de una declaración petitoria que, en oposición a las resolutorias, son categorías fundamentales del derecho público, aunque también puedan darse, acaso, en el derecho privado".

## 3. Características de la pretensión

De acuerdo con GUASP[12], podemos resaltar las siguientes peculiaridades en la pretensión:

[6] FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, pág. 31.

[7] JAIME GUASP, *op. cit.*, t. I, pág. 217.

[8] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal*, t. I, Teoría del proceso, 2ª ed., Bogotá, Edit. ABC, 1972, pág. 178.

[9] JAIME GUASP, *op. cit.*, t. I, pág. 217.

[10] FRANCESCO CARNELUTTI, *op. cit.*, t. I, pág. 31.

[11] JAIME GUASP, *op. cit.*, t. I, pág. 217.

[12] *Ibidem*, págs. 222 y 223.

A) *Se dirige a una persona distinta de quien la invoca o la reclama.* Esto presupone intereses encontrados, por lo cual, en estricto sentido, solo puede calificarse de pretensión la que se formula en los procesos de tipo contencioso.

B) *Es considerada o decidida por una persona diferente de quien la formula y de aquella contra quien se dirige.* Esta calidad reside en el Estado que actúa por conducto de la rama judicial y mediante un despacho u órgano determinado.

C) *Jurídicamente solo requiere*, como bien lo observa COUTURE[13], *la autoatribución de un derecho* o *la afirmación de tenerlo*, lo que presupone una situación de hecho que lo origina, sin consideración a que se halle conforme con el ordenamiento positivo.

D) *El contenido de la pretensión respecto de a quien se dirige, solo puede adoptar dos tipos de actitudes: frente o cargo.* La primera no implica la imposición de una prestación (declaración pura o constitutiva); la segunda, en cambio, exige tener que soportarla (declaración de condena) o satisfacerla (ejecutiva).

E) *Es un acto y no un poder o un derecho*, según lo explicamos anteriormente. La pretensión, por sí sola, no genera obligación alguna en relación con quien se dirie, en virtud de que solo persigue un efecto jurídico en favor de quien la invoca. Puede que la pretensión, en el supuesto de ser acogida en la sentencia, produzca consecuencias que impliquen sometimiento, imposición o cumplimiento de una obligación por parte de la persona frente o a cuyo cargo se propuso; pero esto no es en virtud de ella en sí misma considerada, sino como resultado de la providencia (sentencia) que la reconoce o acoge, como observa CARNELUTTI[14].

## 4. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

En la pretensión pueden distinguirse los siguientes elementos:

A) Los *sujetos*, que están representados por el demandante, en calidad de *activo*, por ser quien la formula; el demandado, como *pasivo*, puesto que es la persona contra quien se dirige; y el Estado, como *imparcial*, por corresponderle pronunciarse sobre ella, para acogerla o negarla.

Lo anterior es de rigurosa aplicación en el proceso dominado por el principio dispositivo, como acontece en el civil y en las ramas que le siguen (laboral, contencioso administrativo, etc.).

En el proceso penal, cuando acoge el sistema acusatorio, los sujetos son los mismos, con la diferencia de que no se habla de demandante sino de *acu-*

[13] EDUARDO J. COUTURE, *op. cit.*, pág. 72.

[14] FRANCESCO CARNELUTTI, *op. cit.*, t. I, pág. 31.

*sador* —representado por el agente del ministerio público o de la fiscalía que obra en nombre de la sociedad— y que no existe demandado sino *acusado*.

Cuando el proceso penal adopta el sistema inquisitivo, existe, según algunos tratadistas, una *pretensión temporal*, que es la contenida en la denuncia, y otra *pretensión definitiva*, que se halla en la providencia que llama a responder en juicio; que obrarían, respectivamente, en el sumario o investigación y en el juicio.

De aceptar esta concepción, tendríamos necesariamente que colegir, con referencia a quien propone la pretensión, que el sujeto activo de la temporal sería quien instaura la denuncia (particular o agente del ministerio público) o el funcionario, de oficio, cuando por su propia iniciativa ordena abrir la investigación; en cambio, la definitiva residiría de manera exclusiva en el juez, único facultado para proferir el auto de llamamiento a juicio.

Creemos que no puede hablarse de esa doble pretensión, pues la denominada temporal carece realmente de esa calidad, por cuanto, de una parte, puede dirigirse contra persona indeterminada, en cuyo caso no existiría sujeto pasivo, y, de otra —que es lo fundamental—, que en ningún supuesto implica solicitud de imposición, así sea previa o temporal, a cargo de persona alguna, porque la denuncia es solo para informar a la autoridad judicial sobre la ocurrencia de determinados hechos considerados constitutivos de delito para que se verifique su existencia y establezca quién o quiénes fueron los autores.

Entonces, en estricto sentido, de acuerdo con los elementos que integran la figura, podemos afirmar que la pretensión penal es única y está contenida en el llamamiento a juicio, resolución acusatoria o simplemente acusación, de acuerdo con la terminología que adopte el respectivo ordenamiento procesal.

La situación es diferente en el sistema acusatorio, como ocurre con el adoptado por la ley 600 de 2000, por cuanto, aunque mantiene la fase investigativa o instructiva como parte integrante del proceso, ya no es de carácter judicial, sino administrativa y de competencia de la Fiscalía General de la Nación, a la cual le corresponde proferir la resolución acusatoria, mediante la cual se llama a una determinada persona a responder por una conducta ilícita. En esta providencia está contenida la pretensión, que tiene como sujeto activo al Estado, en cuyo nombre obra la fiscalía, como pasivo al sindicado o encausado y al juez como imparcial, encargado de tramitar y decidir el proceso.

En este sentido es correcto el artículo 26 de nuestro Código de Procedimiento Penal en su primera parte, al hablar de la titularidad, aunque, desde luego, haciéndole la enmienda en cuanto al vocablo acción para cambiarlo por el de pretensión, al que realmente corresponde.

De acuerdo con la ley 906 de 2004, que adopta el sistema acusatorio en una forma más adecuada, por cuanto la función de la Fiscalía ya no tiene el carácter de decisoria en determinadas actuaciones, como lo determinó la ley 600 de 2000, sino simplemente instructiva, concretándose, si es el caso, a for-

mular la acusación, en la que, incuestionablemente, está la pretensión, con todas sus características.

La ley 906 de 2004, dentro del título de la acción penal, en su artículo 66, al tratar de la titularidad y obligatoriedad, preceptúa que la Fiscalía General de la Nación está obligada a ejercer la acción penal y a realizar la investigación, lo cual es correcto desde el punto de vista de efectuar una actuación, mas no con referencia a la pretensión propiamente dicha, que —lo reiteramos— solo radica en la acusación, que regula adecuadamente el artículo 336.

Por lo común, quien comparece como demandante en el campo civil reclama para sí el derecho material contenido en la pretensión, circunstancia que precisamente lo legitima para actuar; sin embargo, existen algunos casos, taxativamente indicados en la ley, en los cuales se permite reclamarlo en favor de otra persona, que es ajena al proceso, pero la verdadera titular de la relación sustancial. Sucede con el acreedor del prescribiente, que puede reclamar la pertenencia para este, y después obtener, mediante proceso separado, la efectividad de su crédito sobre el bien que fue objeto de ella, como lo establece el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil. Esa figura es conocida en la doctrina con el nombre de *legitimación extraordinaria o sustitución procesal.*

B) El *objeto* de la pretensión es la materia sobre la cual ella recae y está constituido por uno *inmediato*, representado por la relación material o sustancial, y el otro *mediato*, constituido por el bien de la vida que tutela esa relación.

En el civil puede ponerse como ejemplo la reivindicación; en esta, la relación material lo constituye el derecho de propiedad que se pretende hacer valer, mientras que el bien de la vida está representado por el mueble o inmueble sobre el cual ella versa.

En el penal ocurre una situación semejante, aunque con ciertas modalidades propias de la naturaleza o índole de ese ordenamiento. La relación material está constituida por el delito en particular por el cual se llama a responder en juicio, llámese hurto, estafa, homicidio, lesiones, estupro, etc. Esa relación es el medio para que el Estado pueda ejercer el derecho punitivo, que se concreta en una pena o medida de seguridad determinada.

C) La *causa* de la pretensión, entendida como el móvil determinante de su proposición, la constituyen los hechos sobre los cuales se estructura la relación jurídica material. Así, por ejemplo, en la reivindicación están representados por la circunstancia de ser el demandante propietario del bien y estarlo poseyendo el demandado; en el divorcio, por el abandono de hogar; en el homicidio, por haber ocasionado la muerte de otro, etc.

Se exige siempre la invocación de los hechos, no solo porque de ellos se desprende la relación jurídico material, que ayudan, inclusive, al juzgador a darle claridad al pedimento propiamente dicho cuando este es oscuro, sino que fijan un aspecto muy importante, el de la carga de la prueba, que determina a

cuál de las partes le interesa establecerlos y la manera como debe decidirse la controversia.

Los hechos, en el civil, se determinan en la demanda. En el penal, en vigencia de la ley 600 de 2000, en la denuncia y en la resolución acusatoria; pero mientras en aquella pueden ser genéricos, en esta irremediablemente son precisos y concretos. En efecto, puede denunciarse un homicidio, sin determinar quien puede ser el autor, mientras que la resolución acusatoria tiene que indicar irremediablemente la persona llamada a responder por ese ilícito. Dentro de la regulación prevista por la ley 906 de 2004, en ciertos delitos igualmente existe la denuncia, de carácter general, como acontece con el ejemplo citado, pero los hechos se concretan primero en la imputación y luego en la acusación, donde adquieren carácter definitivo.

D) La *razón* de la pretensión reside exclusivamente en las normas o preceptos de carácter sustantivo que regulan la relación jurídica material contenida en ella. Como dice CARNELUTTI[15], "una pretensión tiene razón en cuanto una norma o precepto jurídico establece la prevalencia del interés, que es el contenido de la pretensión".

E) El *fin* de la pretensión, sea en el civil o penal, es la sentencia que la acoja, esto es, la favorable a quien la invoca, al sujeto activo de ella. Por consiguiente, en lo civil, la sentencia favorable al demandante, y en el penal, la que reconozca la responsabilidad del procesado y le imponga la correspondiente sanción, son las únicas que implican que la pretensión alcance el fin propuesto.

El fin de la pretensión en el penal, lo mismo que en el civil, por no existir en este aspecto diferencia, no puede ser la administración de justicia, como algunos sostienen. La razón estriba en que la administración de justicia es el fin de la acción, realizándose, cualquiera que sea el sentido del pronunciamiento, esto es, condenatorio o absolutorio y aun inhibitorio. La pretensión, en cambio, se propone un fin específico: la realización del derecho punitivo, que solo puede lograrse mediante una decisión determinada: la condena.

Quizás el motivo de tal aseveración obedeció a que, de acuerdo con nuestros anteriores ordenamientos positivos, dominados por el sistema inquisitivo, era el mismo juez el encargado de formular la pretensión —que se verificaba, como dijimos, en el auto de proceder o de llamamiento a juicio— y de juzgar o decidirla. En otras palabras, se refundía en una misma persona la calidad de sujeto activo e imparcial de la pretensión.

En los códigos de procedimiento penal adoptados mediante el decreto 50 de 1987, el decreto 2700 de 1991, la ley 600 de 2000 y la ley 906 de 2004, el funcionario que califica la etapa instructiva es diferente del que conoce el juicio y falla el proceso. En el primero el sumario estaba a cargo de los jueces de instrucción, mientras en los tres últimos se le atribuye a los fiscales, pero en todos los juicios lo conoce y falla el juez competente.

[15] *Ibidem*, pág. 32.

En todo caso, aunque fuese el mismo funcionario el que dictara la resolución acusatoria y fallara, es preciso tener presente que su deber esencial es administrar justicia, que es el fin de la acción y se logra mediante la sentencia y sin considerar la decisión que se imponga; pero, si esta es condenatoria, implicará, además, que la pretensión haya alcanzado su objetivo.

Lo anterior, como una simple acotación, se mitiga en el mismo sistema inquisitivo cuando existe jurado de conciencia, porque entonces aparecen también los tres sujetos: el juez proponiéndola, como activo; el acusado soportándola, como pasivo; y el jurado diciéndola, como imparcial. También se atempera el sistema inquisitivo mediante la función que se le ha atribuido al agente del ministerio público, a quien, a diferencia de lo que ocurre en el acusatorio, donde es el sujeto activo de la pretensión, le corresponde velar por la recta administración de justicia, pidiendo la condena del culpable o la absolución del inocente.

## 5. La pretensión civil y penal

Expuesto el concepto de pretensión y analizados como quedan sus elementos, podemos llegar a concluir que ella, al igual que la acción, es la misma en el campo civil y en el penal. En efecto, su causa, razón, fin, etc., son idénticos. La diferencia, en nuestro criterio, solo se contrae al contenido, esencialmente variable en el civil, no solo por la diversidad de relaciones jurídicas, sino por el tipo de pedimento (declarativo, sea puro, constitutivo o de condena; ejecutivo, de liquidación, etc.); en cambio, en el penal, en los dos aspectos es único, pues la relación jurídica siempre tiene la misma esencia, aunque por la fuente sea distinta en razón del tipo del delito, contrayéndose en todos los casos a que se imponga una sanción (declarativo de condena) y como medio para obtener la realización del derecho punitivo.

Podría pensarse que otra diferencia es que en el campo penal, cuando el sistema adoptado por la ley es el inquisitivo, como el juez formula la pretensión y luego se pronuncia sobre ella, desaparecen los tres sujetos que son característicos del civil. Observamos que los mismos tres sujetos existen también en el penal, si el sistema acogido es el acusatorio, y así mismo en el civil, cuando en algunos casos se consagra el inquisitivo, solo hay dos sujetos. Además, no es que en el sistema inquisitivo desaparezcan los tres sujetos, que siempre existen; lo que sucede es que en una sola persona se reúnen las dos calidades de sujeto activo e imparcial.

## 6. Acción, pretensión, demanda y denuncia

Aunque ya hemos expuesto lo concerniente a la acción y la pretensión (la demanda y la denuncia serán objeto de estudio posterior) corresponde men-

cionar en este acápite las diferencias y vinculaciones entre ellos, en virtud de la confusión que no es raro encontrar en la doctrina.

La acción —como dijimos— es un derecho que se tiene para poner en actividad la jurisdicción. La acción genera un proceso; este, por su parte, se inicia merced a la demanda o la denuncia, si se trata de civil o penal, respectivamente. La pretensión es un acto de voluntad de quien la formula y el medio para obtener un pronunciamiento sobre ella es el proceso. Existe, pues, concatenación entre todos los fenómenos, por cuanto se sirven recíprocamente.

Frente a lo anterior, hay diferencias esenciales entre ellos. La acción es un derecho que genera obligaciones y cuyo objeto se contrae a la realización del proceso y a fin de que se administre justicia mediante una sentencia, la cual, por tanto, no está supeditada a determinado pronunciamiento. La pretensión, en cambio, es un acto de voluntad que no genera obligación alguna, que constituye el objeto o materia del proceso y, por consiguiente, de la sentencia, pero en realidad queda condicionada a que esta favorezca a quien la invoca. De otra parte, la acción se dirige al Estado; mientras que la pretensión va contra o frente al demandado o acusado.

La demanda y la denuncia son actos introductivos que originan un proceso y, por tanto, constituyen el instrumento o medio para poder ejercer la acción. Cuando se adopta el sistema dispositivo, como ocurre en el civil, la demanda, además, es el medio para formular la pretensión, aunque en algunos casos, muy excepcionales por cierto, como sucede en el ordenamiento procesal argentino, es factible presentar el libelo y posteriormente las súplicas o pedimentos. En el penal, si se adopta el acusatorio, la imputación, que guarda similitud con la denuncia del inquisitivo, es el fundamento de la acusación, que es el vehículo para formular la pretensión. En cambio, si se acoge el sistema inquisitivo, la denuncia, como lo observamos antes, no contiene la pretensión, por cuanto esta realmente se encuentra en el auto que contiene la acusacion, con el cual se inicia la etapa del juicio.

## 7. Clasificación de la pretensión

Suele dividirse en dos: la extraprocesal o material y la procesal.

A) La *extraprocesal*, llamada con más propiedad *material*, es la que tiene el titular de un derecho para exigir la satisfacción o cumplimiento de este. Los sujetos de ella coinciden con los titulares de la relación jurídica material. Así, v. gr., en el mutuo, el activo será el acreedor, mientras que el pasivo será el deudor.

B) La *procesal o propiamente dicha*, es la que se hace valer en el proceso y constituye el objeto de nuestro estudio en el presente capítulo. Esta pretensión suele originarse en la material, supuesto en el cual coincidirán los sujetos

de las dos, cumpliéndose así uno de los presupuestos para su eficacia, que adelante expondremos; pero puede suceder que no coincidan, debido a que la pretensión, como ya hemos dicho varias veces, es algo que se afirma tener y no que necesariamente se tenga.

La procesal, por su parte, puede ser contenciosa y extracontenciosa.

a) La *contenciosa* es la que se da en los procesos de esta naturaleza, donde existen, al menos en apariencia, intereses encontrados entre las dos partes. Es la propiamente dicha, puesto que presenta todos sus elementos y características, entre ellos, la de los dos sujetos entre quienes se presenta el enfrentamiento o la contienda, de donde, precisamente, proviene su denominación.

La contenciosa tiene la misma división que se hizo para el proceso en cuanto a su fin, o sea, de conocimiento, ejecutivas, cautelares y de liquidación. Igualmente, las de conocimiento, con su modalidad de dispositivas y declarativas, siendo estas también puras, constitutivas y de condena.

b) La *extracontenciosa* es la que se da en los procesos de jurisdicción voluntaria. Impropiamente se la denomina pretensión, puesto que en tales asuntos no existe controversia, a lo menos en apariencia, como dijimos al tratar de ese tipo o modalidad de la jurisdicción, en virtud de la carencia de partes, porque solo concurren al proceso interesados que reclaman derechos para sí mismos y no con respecto o a cargo de otro.

Tomando como punto de referencia la rama del derecho procesal, puede decirse que existe pretensión civil, penal, laboral, contencioso administrativa, etc. Conforme al bien sobre el cual recaiga la relación material contenida en ella, puede ser mueble o inmueble. Mirando la naturaleza del mismo derecho material, es personal o real.

En el penal no se dan todas esas modalidades. La única que se presenta es la contenciosa y de tipo condenatorio y personal.

## 8. Acumulación de pretensiones

A) *Concepto.* La acumulación de pretensiones consiste en formular varias dentro de un mismo proceso para que sean consideradas en la misma sentencia.

B) *Clasificación.* La acumulación puede ser subjetiva u objetiva.

a) La *subjetiva* ocurre cuando existan varios sujetos que formulen diferentes pretensiones. Esta forma de acumulación, según el momento en que se produzca, puede ser inicial o sucesiva.

a') La acumulación *subjetiva inicial* ocurre al comienzo del proceso, más concretamente al constituirse la relación jurídico procesal. Se presenta únicamente en el litisconsorcio voluntario o facultativo inicial, sea activo, pasivo o mixto. Puede citarse como ejemplo cuando varios de los pasajeros afectados

con el accidente del vehículo que los conducía demandan a la empresa propietaria de este para obtener el reconocimiento y consecuencial condena al pago de los perjuicios sufrido por cada uno de ellos.

b') La acumulación *subjetiva sucesiva* se produce con posterioridad a la constitución de la relación jurídico procesal, y puede provenir de la partes o de terceros.

1. *Emana de las partes* cuando el demandante adiciona la demanda mediante la proposición de nuevas pretensiones o el demandado formula demanda de reconvención. Es factible, v. gr., que el demandante inicialmente pida la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del demandado y luego adicione la demanda reclamando la condena al pago de los perjuicios sufridos por esa circunstancia. También cuando el demandante solicita la resolución de una promesa de compraventa por incumplimiento del demandado, pero este, a su vez, lo demanda pidiendo también la resolución, pero por considerar que el incumplimiento fue de aquel.

2. *Proviene de terceros* en la intervención principal, como sucede en el caso del litisconsorcio facultativo o voluntario activo y sucesivo, o en la tercería, cualquiera que sea su modalidad, esto es, simple o excluyente. Se presenta cuando en un proceso reivindicatorio interviene un tercero que reclama mejor derecho de propiedad que el demandante y, por ende, que se condene al demandado a restituirlo.

b) La acumulación *objetiva* ocurre cuando en una misma demanda se formulan varias pretensiones contra el mismo demandado. La acumulación objetiva ofrece, por su parte, varias modalidades, a saber: concurrente, alternativa, sucesiva y eventual.

1. La *concurrente* se presenta cuando el demandante formula varias pretensiones, todas principales e independientes, en razón de que se fundan en relaciones jurídicas materiales diversas. Acontece, por ejemplo, si un acreedor demanda al mismo deudor con base en varios títulos valores.

2. La *alternativa* consiste en que el demandante reclama varias pretensiones, pero con la finalidad de que solo sea acogida una, a elección del juez y de acuerdo, desde luego, con el material probatorio allegado al proceso. V. gr., se solicita la nulidad relativa del acto jurídico por dolo y la absoluta por incapacidad total de la persona contratante.

3. La *sucesiva* se caracteriza porque el reconocimiento de una o varias pretensiones está condicionado a que prospere otra que le sirve de fundamento o soporte. Por ejemplo, se pide la resolución de la compraventa, que es la esencial y, como consecuencia, derivada de ella, la restitución del bien enajenado, la condena al pago de los frutos producidos, etc.

4. La *eventual o subordinada* se distingue porque, de las varias pretensiones propuestas, la primera tiene la calidad de principal y las restantes son

sucesivas, en su orden, de manera que solo puede acogerse una cuando no prosperan las anteriores. Por ejemplo, se pide la simulación de la compraventa y, en el supuesto que ella no se acoja, la resolución por falta de precio, y si se rechazan las dos, que se decrete la nulidad por vicios en el consentimiento, etc. El juez, entonces, solo podría reconocer la última, si estima que las otras no aparecen probadas[16].

C) *Requisitos.* La viabilidad de la acumulación exige el cumplimiento de unos requisitos o presupuestos. Estos, en la acumulación subjetiva, son los mismos requeridos para cada uno de los fenómenos que la configuran. En la objetiva son comunes para todas las modalidades que presenta, concretándose a las siguientes:

a) *Que el juez sea competente para conocer todas las pretensiones*, excepto que sea aplicable el factor de la conexión, pues entonces puede decidirlas conjuntamente el funcionario de mayor categoría. Así, por ejemplo, el juez de circuito es competente para conocer del ejecutivo tendente a obtener el pago de una deuda de mayor y otra de menor cuantía a cargo de un mismo deudor, aunque esta sea del resorte del municipal.

b) *Que todas las pretensiones puedan dirimirse por el mismo proceso.* Se prohíbe la acumulación de pretensiones en una misma demanda cuando ellas tienen establecido un trámite diferente, salvo que la diferencia resida únicamente en el procedimiento y no en el proceso. Es factible acumular, por ejemplo, dos pretensiones declarativas, que tienen el mismo proceso ordinario, así correspondan a diverso procedimiento, como acontece si una es de mayor y otra de mínima cuantía.

c) *Que las pretensiones no sean contrarias o incompatibles entre sí, a menos que unas sean subsidiarias de otras.* "Se entiende —dice MORALES MOLINA[17]— que las pretensiones se excluyen entre sí cuando el empleo de una hace ineficaz la otra, pues se trata de una dualidad de relaciones jurídicas que no pueden coexistir, o cuando la elección de una impide el ejercicio de la otra. En suma, se trata, por simple razón natural, de resultados, de los cuales solo uno es posible. Ejemplo en su orden: pedir la restitución de la posesión y la tenencia, o la nulidad y el cumplimiento de un contrato".

En materia penal no se presentan todas las variantes ya expuestas. Es viable la acumulación subjetiva por inserción en la intervención del tercero afectado con el delito para formular la pretensión indemnizatoria, no la acción, como equivocadamente lo expresa el Código de Procedimiento Penal. Procede también la objetiva concurrente cuando a una misma persona se la juzga por varios delitos, por ejemplo, homicidio y robo.

[16] Sent. cas. 30 marzo 1936, "G. J.", t. XLIII, pág. 752 y 30 abril 1937, "G. J." t. XLV, pág. 114.

[17] HERNANDO MORALES, *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, 6ª ed., Bogotá, ABC, 1973, págs. 353 y 354.

## 9. Presupuestos de la pretensión

A) *En el civil.* Los presupuestos de la pretensión están constituidos por los de *viabilidad*, que son necesarios para que el funcionario pueda considerarla en la sentencia, y los de *eficacia*, referentes a los indispensables para que pueda ser acogida, logrando así el fin propuesto por el sujeto activo: que la sentencia le sea favorable.

a) Los de *viabilidad*, que el maestro Devis Echandía[18] denomina de sentencia de fondo, por cuanto su falta determina una decisión inhibitoria, son:

a') *El interés para obrar.* El interés, por su índole, es uno de los temas que sin duda alguna ofrece mayor dificultad, puesto que en la doctrina no hay unanimidad de criterio.

El maestro Devis Echandía[19] lo define como el "motivo jurídico particular que induce al demandante a reclamar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, a fin de que mediante una sentencia se resuelva sobre las pretensiones invocadas en la demanda, al demandado, a contradecir esas pretensiones si no se halla conforme con ella, y a los terceros, a que intervengan luego en el juicio (proceso) a coadyuvar las pretensiones de aquel o este". Ese interés debe ser serio o legítimo, subjetivo y actual.

1. Es *subjetivo*, por cuanto que debe existir exclusivamente en la persona que lo invoca (demandante) o contra aquella que se invoca (demandado). Desde este punto de vista se distingue de manera ostensible del interés en la acción, pues este es de carácter general y tiene como mira la administración de justicia.

2. Es *concreto*, por hallarse referido a una específica y determinada relación jurídica, que es precisamente la que constituye objeto de decisión en el proceso y no otra distinta.

Para establecer si es serio o legítimo se acude, como lo propone el maestro Devis Echandía[20], al *juicio de utilidad* expuesto por Rocco[21], el cual consiste en que de la providencia jurisdiccional (sentencia) se evite un perjuicio, sea de carácter material o simplemente moral.

En la mayor parte de las ocasiones el interés en el demandado existe por el solo hecho de que se le demande, relacionándolo, desde luego, con las resultas del proceso, pero sin aplicar de manera estricta el juicio de utilidad propuesto por Rocco, ya que, como lo sostiene el maestro Devis Echandía[22], correspon-

[18] Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Edic. Aguilar, 1966, pág. 245.

[19] *Ibidem*, pág. 245.

[20] *Ibidem*, pág. 251.

[21] Ugo Rocco, *Tratado de derecho procesal civil*, t. i, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1969, pág. 274.

[22] Hernando Devis Echandía, *op. cit.*, pág. 251.

de tomarlo en sentido amplio, porque puede no oponerse a la demanda o, aun aceptarla, allanándose, por favorecerlo esas actitudes.

3. Es *actual*, porque requiere que exista en el momento en que se constituye la relación jurídico procesal, por cuanto ese interés es, precisamente, lo que determina al demandante a formular la demanda y al demandado a controvertirla. Puede que el interés llegue a adquirirse en el curso del proceso y con antelación a la sentencia, faltando, sin embargo, el presupuesto por ausencia de ese requisito en particular.

En síntesis, puede decirse que el interés para obrar, llamado también —quizá con más acierto— *interés en la sentencia,* es la causa o motivo particular que determina al demandante a reclamar un derecho, evitar un daño u obtener la reparación de un perjuicio, de carácter material (económico) o moral, o la modificación de una relación jurídica, y al demandado a controvertirlo.

b') La *legitimación en la causa.* No es menos discutido este punto que el interés para obrar, en razón de las múltiples concepciones que ha tenido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Además, depende del sujeto que se tome como referencia, por cuanto no solo atañe a las partes iniciales y, con respecto a ellas, según la clase de pretensión que controviertan, sino que incluye a los terceros intervinientes y las diversas modalidades que presentan.

Para unos la legitimación se identifica con el derecho material ventilado en el proceso y, por ende, radica en los titulares de él, tanto por activa como pasiva, según se refiera al demandante o el demandado, respectivamente[23]. Otros, en cambio, la desvinculan del derecho material, aunque le dan diferente fundamento, que va desde la afirmación de la titularidad de una relación jurídica hasta la del interés en litigio[24].

Nuestra jurisprudencia, con base en el criterio de CHIOVENDA[25], considera que la legitimación en la causa hace referencia a la titularidad del derecho en las dos partes y que su ausencia determina una decisión de fondo y no inhibitoria.

[23] PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 180; WILHELM KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, págs. 109 y 110; EDUARDO J. COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil,* t. III, págs. 20 y 209.

[24] LEO ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, pág. 255; ADOLFO SCHÖNKE, *Derecho procesal civil,* Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1950, pág. 161; ENRICO ALLORIO, *Ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958, págs. 215 a 217; VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 79 a 83; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992, pág. 251; JUAN MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, Edit. Civitas, 1994, pág. 38.

[25] GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, 3ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, págs. 195 a 199.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia define la legitimación en la causa como "un fenómeno sustancial que consiste en la identidad del demandante con la persona a quien la ley concede el derecho que reclama y en la identidad del demandado con la persona frente a la cual se puede exigir la obligación correlativa"[26].

Si bien la Corte en la misma providencia aclara que la legitimación en la causa mira a la pretensión y no es, por tanto, presupuesto del proceso, incurre en el equívoco, antes mencionado, de referirla al derecho material y considerar que su ausencia no determina sentencia inhibitoria, sino de fondo y absolutoria, pues "mal podría condenarse a quien no es la persona que debe responder del derecho reclamado o a quien es demandado por quien carece de la titularidad de la pretensión que reclama..."[27].

Se apoya la Corte Suprema de Justicia, además, en que los efectos de la cosa juzgada no amparan la decisión inhibitoria, sino la de fondo, por lo cual este tipo de pronunciamiento impide que el litigante ilegítimo promueva nuevamente el proceso o contra él se suscite otra vez, "y se inicie así una cadena interminable de inhibiciones"[28].

El anterior planteamiento carece de fundamento práctico, por cuanto a quien se le dicte una sentencia inhibitoria no vuelve a instaurar un proceso en las mismas condiciones, a sabiendas que se va a producir idéntica decisión. Lo indicado es, entonces, que subsane los defectos que determinaron la decisión inhibitoria e incoe un nuevo proceso en cual se proponga la pretensión por quienes les corresponde formularla y contra quienes son los llamados a contradecirla.

No compartimos el criterio de la Corte Suprema de Justicia, porque vincula —como lo observamos— la legitimación en la causa al derecho material y, aunque ambos están relacionados, difieren tanto en su esencia, como en las consecuencias.

La jurisprudencia contencioso administrativa clasifica en forma adecuada la legitimación en la causa, por cuanto no solo la concibe adecuadamente, calificándola como material, sino que agrega otra modalidad, que toma en consideración el vínculo existente entre las dos partes, con omisión del derecho material, designándola como de hecho.

En efecto, dicha jurisprudencia clasifica la legitimación en la causa desde dos puntos de vista: de hecho y material. "Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado, por intermedio de la pretensión procesal, es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la deman-

[26] Sent. 4 diciembre 1981, "G. J.", t. CLXVI, núm. 2407, pág. 640.

[27] *Ibidem*, pág. 639.

[28] Sent., cas. civil, 4 diciembre 1981, "G. J.", t. CLXVI, núm. 2407, pág. 639.

da, y de la notificación de ésta al demandado. Quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa y quien es citado está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda, v. gr.: A demanda a B, cada uno de estos está legitimado de hecho. "La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que se haya demandado o no". "La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado ..."[29].

En consecuencia, la legitimación en la causa material, de acuerdo como la califica la jurisprudencia contencioso administrativa, que es la propiamente dicha, radica —como sostiene CARNELUTTI[30] y acoge DEVIS ECHANDÍA[31]— en la *titularidad del interés materia del litigio* que es objeto de la sentencia y que habilita al demandante a formular la pretensión y al demandado a controvertirla.

La titularidad del interés, a su vez —según DEVIS ECHANDÍA[32]—, consiste en la "afirmación de ser el titular del derecho o relación material objeto de la demanda (demandante), o la persona facultada por la ley para controvertir esa afirmación, aun cuando ninguna obligación a su cargo pueda deducirse de ella (demandado), *en el supuesto de que exista* ese derecho o relación jurídica material" (la bastardilla es del original).

La ausencia de legitimación en la causa material determina —acogiendo el criterio del maestro DEVIS ECHANDÍA— que se dicte una sentencia inhibitoria, no dotada de la cosa juzgada y que permite, por ende, instaurar un segundo proceso, mientras la ausencia del derecho material implica una sentencia de fondo y, concretamente, adversa a la parte demandante.

Para ilustrar lo dicho y aclarar el punto, pueden citarse dos situaciones, incluso una de ellas planteada por la propia Corte Suprema de Justicia para sostener que es improcedente la sentencia inhibitoria y lo indicado es la de fondo y adversa al demandante, que se presenta cuando este no es el titular de derecho de dominio del bien reclamado en reivindicación, lo cual es incuestionable, por tratarse de un elemento de la relación jurídica sustancial y no de la legitimación en la causa.

La otra situación, bien diferente de la anterior, sucede cuando una persona reclama también en reivindicación, pero para la sucesión del causante de quien se considera heredero, sin serlo. En este supuesto el juez no puede con-

[29] Sent. 1995-0846-01(13545)DM de Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 marzo 2003, Consejero Ponente: German Rodríguez Villamizar.

[30] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, t. III, Buenos Aires, Uteha, 1944, pág. 165.

[31] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1961, pág. 560.

[32] *Ibidem*, pág. 561.

siderar los presupuestos de la reivindicación, por cuanto el demandante, al carecer de la calidad de heredero y, por ende, no poder representar al causante, en cuyo favor la reclama, carece de legitimación en la causa y, entonces, el juez tiene que proferir una sentencia inhibitoria, la cual le permite a quien sí está legitimado para instaurar un segundo proceso y obtener decisión de fondo.

La ausencia de legitimación en la causa obedece a dos situaciones, a saber:

1. *Incompleta*, cuando no están todos los sujetos en quienes ella radica. Acontece en el litisconsorcio necesario antes citado, cuando quienes concurren al proceso son titulares del derecho, pero el interés, que reside en los resultados del proceso, no radica en forma exclusiva en ellos, por compartirlo con quienes no comparecieron.

2. *Total, absoluta o propiamente dicha*, que se da cuando quien concurra no sea el titular, sino que esta calidad radique en otra persona, que no interviene en el proceso. Acontece en el mismo ejemplo citado de quien, sin tener la calidad de heredero, reclama la reivindicación para la sucesión. Es relevante en la llamada legitimación extraordinaria, que analizaremos adelante.

Con fundamento en lo expuesto y de conformidad con el criterio de DEVIS ECHANDÍA, podemos concebir la legitimación en la causa en el sentido que quienes actúan en el proceso sean los llamados a formular la pretensión (demandante) o a contradecirla (demandado), por radicar en ellos la titularidad del interés en el litigio.

Tanto la legitimación en la causa como el interés para obrar —ya lo dijimos— miran a las dos partes y, por ello, se habla de *activa, pasiva o mixta*, según se refiera al demandante, demandado o a las dos, respectivamente.

Tomando como referencia la calidad de las partes, puede ser *principal*, cuando tiene un derecho propio, como ocurre con el demandante, demandado o intervinientes principales, o *secundaria*, si se carece de una situación jurídica personal, pero si para coadyuvar o apoyar a una de las partes.

De acuerdo con la permanencia de la parte en el proceso, es *permanente*, si atañe al demandante, demandado y tercero interviniente con derecho propio, o *transitoria*, cuando se refiere a una específica actuación, como ocurre con el incidentante que reclama el levantamiento de una cautela.

Conforme la manera como provenga la titularidad del interés, asume la condición de *originaria*, cuando las partes en quienes radica la tienen desde su iniciación, mientras es *derivada* si proviene de otro, por habérsele transmitido a título singular o universal.

También, según el número de personas en quien radique, puede ser *singular*, si tiene un solo titular, o *plural*, cuando son varios, como sucede con el litisconsorcio necesario.

Con fundamento en quien sea el titular, puede ser *ordinaria*, cuando reside en el demandante y el demandado, o *extraordinaria*, si uno u otro carece

de esa calidad, cuyo supuesto más frecuente es el de la *sustitución procesal*, como acontece con el acreedor del prescribiente que demanda para este la pertenencia de un bien, consagrado en el artículo 407 de nuestro estatuto procesal civil. Ese acreedor no es el titular del derecho material, pero tiene incuestionablemente un interés, radicado en que el bien ingrese legalmente al patrimonio de su deudor, que lo legitima para formular la pretensión.

c') *La debida acumulación de pretensiones.* Nos remitimos a lo expuesto al respecto y los requisitos allí mencionados. La reforma introducida al Código de Procedimiento Civil por el decreto 2282 de 1989 fue más amplia en la procedencia de la acumulación, permitiéndola siempre que se reúnan los requisitos esenciales (competencia, que las pretensiones no se excluyan y tengan el mismo procedimiento, y el demandado no invoque el impedimento procesal correspondiente)[33].

d') *La correcta petición o formulación de la pretensión.* Este presupuesto se refiere a la redacción de la demanda, variable en cada una de las ramas del derecho procesal, aunque todas mantienen los aspectos esenciales. Anotamos que al juzgador le corresponde interpretar la demanda y, por ende, las pretensiones en ella propuestas, por tanto, la causal que nos ocupa opera solo cuando de un adecuado estudio de ella no puede deducirse el objeto perseguido por el demandante[34].

e') La *ausencia de pleito pendiente total.* El pleito pendiente consiste en que, estando en curso un proceso, no puede adelantarse otro entre las mismas partes, por igual causa (hechos) y por idéntico objeto (pedimento o pretensión).

Para que obre el pleito pendiente requiere de unos requisitos de fondo y de forma.

1. Los *requisitos de fondo* consisten en la identidad de los elementos que integran los dos procesos, esto es, los mismos sujetos (partes), iguales hechos (causa) e idénticos pedimentos o pretensiones (objeto).

2. Los *requisitos formales* se refieren a la existencia de dos procesos y que en ambos esté integrada la relación jurídica procesal por la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado. Se descarta, por tanto, cuando en un proceso esté notificado el demandado y en el otro no.

b) *De eficacia.* Los presupuestos para la *eficacia* de la pretensión se identifican con los de sentencia favorable de que habla el maestro DEVIS ECHANDÍA[35] y tratan sobre la existencia del derecho reclamado y su correspondiente prueba.

[33] JAIME AZULA CAMACHO, *Manual de derecho procesal civil*, Parte general, t. II, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 122.

[34] Sent., cas. civil 18 enero 1984, publicada por JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ, *Código de Procedimiento Civil*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, pág. 111.

[35] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio..., op. cit.*, págs. 235 y ss.

a') La *existencia del derecho reclamado* entraña que se den los presupuestos o elementos que han sido previstos por la norma para su aplicación. Así, v. gr., en la reivindicación se necesita que el demandante sea el titular del derecho de dominio, el demandado el poseedor, y que el bien objeto de la propiedad y posesión sea el mismo.

b') *La demostración de los hechos*. Pero no basta la existencia del derecho, sino que es indispensable demostrar o establecer los hechos que lo sustentan por los medios probatorios reconocidos por la ley. En el mismo supuesto de la reivindicación, es preciso comprobar la calidad de propietario del demandante, la de poseedor en el demandado y la identidad del bien.

c') *La exigibilidad del derecho*. Cuando el derecho está supeditado a un plazo o condición, se requiere el vencimiento de aquel o el cumplimiento de esta, que son los requisitos que determinan su exigibilidad. La ausencia de exigibilidad configura una excepción de mérito, pero de carácter temporal, por cuanto no le cierra al demandante la posibilidad de volver a instaurar la demanda, por no ampararla la cosa juzgada, como lo preceptúa el numeral 3 del artículo 333 de nuestro ordenamiento procesal civil.

B) *En el penal*. En la rama penal ofrece una situación muy diferente a la del civil y no puede hablarse de presupuestos de viabilidad, pues, de una parte, no tiene ocurrencia la sentencia inhibitoria, y, de otra, la legitimación y el interés están condicionados a que a una determinada persona se le impute la comisión de un ilícito y reclame contra ella la imposición de la correspondiente pena.

Tampoco puede hablarse de las formalidades de la demanda y la acumulación, por cuanto ese acto procesal no existe en el penal, en donde se reemplaza —según lo hemos indicado— por la acusación, sujeta, desde luego, a unos determinados requisitos, pero cuya inobservancia determinan consecuencias diferentes del pronunciamiento inhibitorio que se profiere en civil.

Obran, en cambio, los presupuestos de eficacia, por cuanto la sentencia solo puede ser condenatoria o absolutoria, y así lo reconoce el artículo 169, numeral 7, de la ley 600 de 2000 y se desprende de los artículos 446 a 449 de la ley 906 de 2004. Tales presupuestos guardan similitud con los del civil y se concretan a los siguientes:

A) Que los hechos constitutivos del ilícito estén demostrados.

B) Que exista prueba de que la persona a quien se le atribuyen los hechos delictivos sea la autora de ellos.

C) Que no aparezca establecida ninguna circunstancia de inimputabilidad o exoneración de responsabilidad.

La prueba requerida es la que conduzca a la plena certeza, según lo consagra el artículo 232 de la ley 600 de 2000, más adecuadamente que exceda los límites de la duda razonable, como lo establece el artículo 381 de la ley 906 de 2004.

Capítulo II

# ACTITUDES DEL DEMANDADO FRENTE A LA PRETENSIÓN

## 1. Clases

El demandado puede, con fundamento en el derecho de contradicción y conforme lo explicamos al tratar esta figura, asumir varias actitudes. Entre ellas y por lo tocante a la pretensión, solo son posibles dos específicas: la *oposición* y el *allanamiento*.

## **Sección I**. *Oposición*

## 2. Concepto

La oposición —denominada también *defensa del demandado*— es la actitud que este asume en el proceso y, concretamente, en relación con las pretensiones formuladas en la demanda, tendente a obtener que estas no sean acogidas en la sentencia.

## 3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la oposición es idéntica a la de la pretensión, por cuanto una y otra no son derechos, sino actos de voluntad de una persona en relación con otra, sin que entrañen sujeción alguna.

La diferencia entre las dos figuras está en la finalidad, por cuanto es de índole *impositiva* en la pretensión, por dirigirse a obtener el reconocimiento de un derecho o la imposición de una prestación o la satisfacción de una obligación, mientras que en la oposición es de carácter *negativo*, por encaminarse a evitar el reconocimiento del derecho, la imposición de la prestación o la satisfacción de la obligación.

En síntesis, puede afirmarse que la pretensión tiende a obtener que se imponga o satisfaga un derecho, al paso que la oposición es de rechazo a esa imposición o satisfacción.

## 4. Características

La oposición se caracteriza por los siguientes aspectos:

A) *Se dirige contra persona distinta de quien la formula.* Presupone, por tanto, dos sujetos: el activo, que la formula (demandado o acusado), y el pasivo, contra quien se dirige (demandante o acusador).

B) *Es considerada por un tercero imparcial*, constituido por el Estado y representado por el juez.

C) *Se funda en la resistencia o rechazo de la pretensión*, por lo cual es un acto contra esta.

## 5. Clasificación

La oposición puede ejercerse de dos maneras: mediante la objeción y por la excepción.

A) *Objeción.* La objeción es la conducta negativa del demandado, que se funda en el desconocimiento de los hechos o las disposiciones legales que sustentan la pretensión del demandante. La primera se denomina *objeción de hecho*, la segunda *de derecho,* y pueden invocarse conjunta o separadamente.

La objeción —denominada también por la doctrina como *defensa en sentido estricto*—, desde el punto de vista de la carga de la prueba, determina que esta recaiga sobre el demandante, interesado en demostrar los presupuestos de hecho en que se apoya su pretensión, a los cuales queda circunscrito el proceso. Puede citarse como ejemplo el caso de la reivindicación cuando el demandado alega que el bien reclamado por el demandante no es propiedad de este.

En materia penal la objeción también tiene aplicación, por dirigirse a establecer la inocencia del acusado, a quien se le atribuye la comisión del ilícito. La inocencia se entiende en el sentido que el acusado niega ser el autor de los hechos constitutivos del delito.

B) *Excepción.* Se presenta cuando el demandado alega hechos diferentes de los propuestos o invocados por el demandante y que se dirigen a desconocer la existencia del derecho reclamado por este, o bien, sin rechazarlo, oponerle circunstancias que tiendan a evitar su efectividad en determinado proceso. Acontece, en la misma reivindicación, si el demandado alega la prescripción, por haber poseído el bien durante veinte años.

Algunos tratadistas, principalmente adherentes a la denominada escuela concreta, consideran a la excepción como contraria u opuesta a la acción. Este concepto es equivocado, pues identifica el significado de acción con el de pretensión, fenómenos que —según expusimos— son diferentes, pues la primera es un derecho subjetivo público que tiende a que se surta un proceso y se pro-

fiera una sentencia, mientras la segunda es un acto de voluntad que procura obtener sentencia favorable al demandante. Lo que está enfrentado o es contrario a la pretensión es la oposición, de la cual la excepción es solo una de sus modalidades.

La excepción —como bien lo explica CARNELUTTI[1]— es la propia razón del demandado que la opone a la invocada por el demandante. Es una especie de contraprestación, por constituir argumentos propios, basados en hechos diferentes, que tienden a dejar sin fundamento la pretensión del demandante.

En penal la excepción, como tal, se limita a invocar las circunstancias atenuantes de responsabilidad, como es obrar en legítima defensa, en estado de necesidad, etc., pero sin desconocer su autoría o participación en los hechos constitutivos del ilícito.

a) *Clasificación*. Las excepciones son susceptibles de clasificarse desde diferentes puntos de vista, a saber:

a') *Según los efectos que tengan en la relación jurídica sustancial*, pueden clasificarse en dos grupos: perentorias y dilatorias.

1. Las *perentorias,* de *perimir*, 'matar', llamadas también definitivas, tienden a evitar que la pretensión sea reconocida, constituyendo, por tanto, ataque de fondo al asunto controvertido. En el supuesto que prosperen, la decisión tomada hace tránsito a cosa juzgada.

Las excepciones perentorias presentan tres modalidades:

1.1. *Impeditivas*, que son las dirigidas a desconocer la existencia del derecho material por hechos que atañen al nacimiento de este, como acontece cuando se exija el saldo del precio y el demandado ataca el contrato por considerar que no adeuda nada por tratarse de un acto simulado y no existir la compraventa de la cual emana esa obligación.

1.2. *Modificativas*, que le atribuyen al derecho o relación jurídica una modalidad diferente de la que le otorga el demandante, como sucede si se pide que se reconozca a cargo del demandado una deuda con base en un mutuo y este alega no adeudar nada por haber recibido el dinero a título de donación.

1.3. *Extintivas* ocurren cuando, reconociendo el demandado el derecho o relación material invocada por el demandante, alega hechos que implican su extinción, como el pago, la compensación, la prescripción, etc.

2. La *excepción dilatoria* se presenta cuando el demandado opone la no exigibilidad del derecho material reclamado por el demandante, como la de contrato no cumplido, no estar verificada la condición o encontrarse aún pendiente el plazo acordado para la exigibilidad de la obligación.

[1] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, Uthea, 1944, pág. 26.

La excepción dilatoria no produce efectos de cosa juzgada, porque el demandante puede, una vez se haya cumplido la condición o el plazo, instaurar un nuevo proceso.

b') *De acuerdo con la proposición*, según CHIOVENDA, las excepciones pueden ser propias e impropias.

1. Las *propias* requieren invocación expresa de parte del demandado para que puedan ser reconocidas. En consecuencia, el funcionario judicial, aunque las encuentre demostradas, si no han sido invocadas por el demandado en su oportunidad, hace caso omiso de ellas. Este aspecto entre nosotros, a diferencia del europeo, solo se aplica a excepciones muy reducidas, como la prescripción, la compensación y la nulidad relativa, limitada su proposición, además, a la contestación de la demanda (C. de P. C., art. 306, inc. 1º).

2. Las *impropias,* que es la regla general consagrada en nuestros ordenamientos positivos, se presentan cuando el funcionario judicial debe reconocer todas las que aparezcan establecidas dentro del proceso por los medios probatorios allegados y sin consideración a que sean invocadas por el demandado. En consecuencia, frente a estas excepciones el demandado puede guardar silencio o invocarlas en cualquier oportunidad, a pesar de lo cual el juez debe declararlas en la sentencia.

c') *Según la legitimación o la facultad para invocarlas*, se dividen en personales y reales.

1. Las *personales* son las que solo puede invocar determinado demandado, por cuanto los hechos que las constituyen solo a él atañen, como acontece con la compensación.

2. Las *reales* son la que puede proponer cualquiera de los varios demandados, por cobijarlos a todos, por ejemplo la prescripción extintiva.

## 6. ELEMENTOS

La oposición, por ser un acto similar a la pretensión, tiene la misma descomposición de los elementos, aunque, desde luego, estos varían por la índole del fenómeno. Son los siguientes:

A) Los *sujetos* son tres: quien la formula, que tiene por tanto la calidad de *activo*, representado por el demandado o acusado; contra quien se formula, que pasa a ser *pasivo*, constituido por el demandante o acusador; y el *tercero imparcial,* que es el mismo de la pretensión, o sea, el funcionario jurisdiccional.

B) El *objeto* o materia de la oposición es la relación jurídica a que ella se refiere. Esta, desde luego, varía de acuerdo con las modalidades de la oposición. En la objeción, será la misma invocada por el demandante, mientras que en la excepción puede que varíe, según el aspecto en que se funde. Por ejemplo, si se propone la incapacidad del demandado al celebrar la compraventa,

es este el acto sobre el cual gravita (C. C., art. 1851); pero si al cobrar una obligación se alega prescripción, son las disposiciones que regulan esta figura las que constituyen el objeto de la oposición (C. C., arts. 2535, 2536, 2537).

C) La *causa* de la oposición está compuesta por los hechos diferentes que invoca el demandado (excepción) o la ausencia de los expuestos por el demandante como fundamento de su pretensión (objeción). Entonces, v. gr., si el demandado invoca la prescripción extintiva para oponerse a la reivindicación, son los hechos constitutivos de ella, como son la posesión y el tiempo, los que constituyen la causa de la oposición.

D) La *razón* se encuentra en las normas o disposiciones legales que regulan los hechos en que se funda.

E) El *fin* de la oposición está constituido por la sentencia adversa al demandante, que, en el fondo, viene a ser favorable al demandado.

En el penal obran los mismos elementos del civil, aunque en algunos aspectos ofrecen diferencias, en razón de la naturaleza del asunto que se ventila en uno y otro. En efecto, los sujetos son los mismos y, por ello, hablamos de acusado como activo y acusador como pasivo, al igual que la razón y el fin, pero la causa puede estar constituida por la no comisión del delito o, a pesar de ello, existir eximentes de responsabilidad.

## 7. Presupuestos

De manera general los presupuestos de la pretensión o, más concretamente, la ausencia de cualquiera de ellos, vienen a constituir los de la oposición, puesto que determinan la prosperidad de esta. En estricto sentido, podemos dividirlos en dos grupos: los de viabilidad y los de eficacia.

a) Los de *viabilidad* se refieren a los indispensables para que la oposición pueda ser considerada, coincidiendo en este aspecto con los de la pretensión, o sea, la *legitimación en la causa*, *el interés para obrar*, etc.

b) Los de *eficacia* son los necesarios para que la oposición prospere o pueda ser reconocida mediante una sentencia adversa al demandante y, consecuentemente, favorable al demandado. Están integrados por la ausencia de los que forman los de eficacia de la pretensión, o sea la *carencia del derecho* y la *falta de prueba de este* en la parte demandante.

Empero, además, se agregan otros, que obran cuando es procedente la pretensión del demandante y precisamente para dejarla sin efectos, como es la existencia de cualquier excepción y su respectiva prueba, así como su invocación, cuando la ley lo exige. Entonces, por ejemplo, para que el juez reconozca la prescripción no basta que aparezca demostrada en el proceso, sino que es preciso que el demandado la invoque y la única oportunidad para hacerlo es en la contestación de la demanda.

En materia penal, al igual que la pretensión, solo proceden los requisitos de eficacia, por las razones que expusimos, concretándose a la ausencia de prueba para establecer los que constituyen los de la acusación (pretensión) y, además, a la existencia y demostración de causales exonerativas o eximentes de responsabilidad.

## **Sección II**. *Allanamiento*

### **8.** Concepto

El allanamiento, o *reconocimiento* como también se le denomina, es la aceptación expresa que el demandado hace de las pretensiones invocadas por el demandante y de los hechos en que ellas se apoya, y que determina una sentencia favorable a este.

El allanamiento se justifica cuando las dos partes están de acuerdo en obtener determinado resultado que solo es procedente mediante decisión jurisdiccional, como ocurre con el divorcio en las legislaciones que no consagran el mutuo acuerdo. No se descarta que obedezca a que el demandado encuentre justas las pretensiones del demandante.

### **9.** Requisitos

Para que el allanamiento pueda presentarse se exigen dos clases de requisitos: los de fondo y los de forma.

A) Los *requisitos de fondo* se refieren al acto en sí mismo considerado, y son los siguientes:

a) *Capacidad del demandado.* Esto no significa que el allanamiento esté vedado para los incapaces, sino que para poder efectuarlo es preciso obtener previamente, por conducto de su representante, la licencia judicial respectiva, que puede conceder el mismo funcionario que conoce del proceso, la cual queda supeditada a que se demuestren las ventajas que ese acto le reporta al incapaz.

Para poder allanarse las entidades de derecho público requieren obtener el permiso de su respectivo representante legal. Esto obedece a que las entidades de derecho público comparecen al proceso por conducto de quien es el representante de ellas, pero jerárquicamente pueden depender de otro, por ejemplo, un instituto, que actúa en el proceso mediante su gerente o director, pero la máxima autoridad es la junta directiva, a la cual, por tanto, le corresponde autorizar el allanamiento.

b) *La disponibilidad del derecho.* Hay relaciones jurídicas que, por su especial índole, están revestidas con la calidad de orden público y, por ende,

no son susceptibles de disponibilidad, como acontece con lo relativo al estado civil de las personas.

c) *Que los hechos que configuran la pretensión estén plenamente establecidos dentro del proceso o sean susceptibles de confesión.* Se cumple este requisito en los siguientes casos:

a') Cuando hay aceptación de las pretensiones y los hechos no susceptibles de confesión están demostrados en su totalidad con los medios probatorios conducentes.

Acontece cuando se demanda la resolución de una promesa de compraventa y el demandante adjunta a la demanda el documento que la contiene y la copia de la escritura o la certificación mediante la cual establece su presencia en la notaría en el día y hora fijados al efecto y el demandado acepta el pedimento.

b') Cuando ninguno de los hechos está probado, pero son susceptibles de establecer mediante la confesión, presentándose esta por la aceptación de ellos, en lo que configura el fenómeno denominado *reconocimiento.*

Ocurre en la reivindicación de un bien mueble y que no se adjunte ninguna prueba a la demanda, pero el demandado, al contestarla, acepta la propiedad del bien en cabeza del demandante y que él tiene la posesión, que son los presupuestos fácticos que estructuran ese tipo de pretensión y susceptibles de probarse mediante confesión.

c') Cuando algunos de los hechos que requieren determinadas pruebas se encuentran establecidos con ellas por haberlas adjuntado a la demanda y en relación con los restantes, susceptibles de comprobarse mediante confesión, hay aceptación expresa del demandado.

En la reivindicación mencionada anteriormente, cuando recae sobre un bien inmueble, cuya propiedad y vigencia del título de dominio solo puede establecerse mediante la copia de la escritura en virtud de la cual se adquirió y el certificado expedido por la oficina de registro respectiva, los que se adjuntan a la demanda, aceptando el demandado los restantes que configuran la procedencia de la pretensión, como es su calidad de poseedor del mismo bien.

d') Que si se trata de litisconsorcio necesario, provenga de todos los litisconsortes. Por haber considerado este aspecto al tratar lo relativo al litisconsorcio, nos remitimos a lo allí expuesto.

e') Que el apoderado esté facultado. Como en su lugar dijimos, existen varias facultades que no puede utilizar el apoderado si no le han sido expresamente otorgadas en el poder, porque implican disposición del derecho material, entre las cuales se encuentra, precisamente por esa circunstancia, el allanamiento.

f') Que no cause perjuicios a terceros. Es posible que el allanamiento sea determinado por acuerdo entre el demandante y el demandado con objeto de

perjudicar a un tercero. Si esa circunstancia se infiere de la actuación surtida o de las pruebas allegadas, el funcionario judicial está en el deber de rechazarlo y proceder a citar al proceso al tercero presuntamente afectado, para que se constituya en parte y pueda defender su derecho. Acontece cuando el comprador se hace demandar de su vendedor alegando simulación de la venta, para sustraer así el bien de su patrimonio y perjudicar a su acreedor, que pierde el respaldo necesario para poder obtener la cancelación de su crédito.

B) Los *requisitos de forma* se refieren a la manera y oportunidad en que el allanamiento se lleva a cabo.

a) *Oportunidad.* El allanamiento puede presentarse en dos ocasiones: en la contestación de la demanda, que es lo usual, o posteriormente, pero antes que se dicte sentencia de primera instancia.

b) *Manera.* Basta un escrito en el cual no es necesario indicar expresamente el allanamiento, pues es factible inferirlo de la manifestación del demandado, como sucede cuando acepta la pretensión del demandante y los hechos en que se funda.

Además, es necesario que el escrito contentivo del allanamiento sea presentado personalmente por el demandado o su apoderado, por cuanto contiene la disposición de un derecho, exigencia establecida por el artículo 13 de la ley 446 de 1998. Se agrega que la contestación de la demanda, en donde también se puede solicitar, se sujeta a esa formalidad, conforme lo preceptuado por el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, pues es necesario cumplirla para que tenga efectividad el juramento exigido respecto a la indicación de la dirección donde el demandado o su representante reciben notificaciones.

## **10.** Allanamiento en penal

Frente al allanamiento anteriormente considerado, que atañe al civil y las demás ramas que siguen sus lineamientos, como el laboral, agrario, contencioso-administrativo, etc., acápite especial merece el fenómeno en la rama penal, por la índole especial de este ordenamiento, según el sistema imperante.

A) *Inquisitivo.* El allanamiento, como tal, no tiene aplicación en la rama penal, puesto que, por su especial naturaleza, la confesión, sobre la cual se funda el fenómeno, por si sola no tiene el poder para determinar una sentencia condenatoria, porque su eficacia o valor se condiciona a que el cuerpo del delito se halle plenamente demostrado y lo dicho en ella esté comprobado con otros medios probatorios. Empero, en nuestro medio, respecto a ciertos delitos, se acepta la confesión como un atenuante de responsabilidad.

B) *Acusatorio.* A diferencia del inquisitivo, en el acusatorio, en cierto sentido, puede hablarse de allanamiento, por cuanto se consagra la posibilidad de aceptar los cargos formulados, siempre que se cumplan con unos presupues-

tos, tanto de índole sustancial como procesal. Los sustanciales se refieren a que el sujeto sea imputable, como lo prevé el artículo 29 del Código Penal, ley 599 de 2000, salvo las excepciones previstas en los artículos 14, 15 y 16 ibidem; mientras las procesales se refieren a las etapas o fases del proceso en que deben cumplirse y a las condiciones en que debe actuar, particularmente por lo que al imputado o encausado, según el momento procesal en que ocurra.

En la fase de investigación y en la audiencia ante el juez de control de garantías el fiscal formula la imputación fáctica, que debe cumplirse en presencia del imputado o su defensor, y si acepta la imputación el juez verifica si es voluntario, libre y espontáneo, supuesto en el cual procede a aceptarlo, como lo preceptúan los artículos 286, 287, 289 y 293 del Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004.

En la fase del juicio, el juez le pregunta al acusado cómo se declara y, en caso que acepte la culpabilidad, el funcionario debe verificar si actúa de manera libre, voluntaria, informado de las consecuencias y asesorado por su defensor, para luego proceder a aceptarla, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 367 y 368 del Código de Procedimiento Penal.

## **Sección III**. *Los actos procesales*

### Capítulo I

### CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES

#### **1.** Concepto

Varias veces hemos dicho, a riesgo de incurrir en redundancia, que el proceso es una actividad continuada o un devenir constante que implica una serie de actuaciones coordinadas, referidas todas al resultado final, constituido por la sentencia, que es el acto jurisdiccional por excelencia.

Esas actuaciones, que permiten que el proceso pase de una etapa a otra, y las realizadas en cada una de ellas por cualquiera de los sujetos del proceso e incluso por personas que tangencialmente participan, es lo que se denomina actos procesales. Los actos procesales, entonces, pueden concebirse como las actuaciones surtidas por los sujetos del proceso u otras personas que accesoria y tangencialmente intervienen y tendentes a iniciarlo, desarrollarlo y ponerle término.

El anterior concepto se refiere a un aspecto específico del acto, como es el de los efectos que produce, que lo consideramos básico, porque su esencia, como parte de un todo caracterizado por el movimiento es, precisamente, la de servir de medio o vehículo para que el proceso se inicie, desarrolle y culmine.

Los actos procesales, en sí mismos considerados, no difieren de los que se presentan en el campo de las relaciones sustanciales o materiales. Unos y otros son producto de la voluntad de los sujetos que los llevan a cabo, diferenciándose únicamente en relación con los efectos y el ámbito en el cual obran, por cuanto los materiales regulan vínculos jurídicos de carácter extraprocesal y tendentes a crear, modificar o extinguir relaciones entre las personas o estas y las cosas, mientras que los procesales actúan solo en la esfera del proceso y referidos siempre a su iniciación, desarrollo o culminación.

#### **2.** Clasificación

La clasificación de los actos procesales es uno de los temas que se ha prestado a mayor disquisición, ya que son innumerables las que se han hecho. Como

acontece en casi todos los temas del derecho procesal, es tal vez CARNELUTTI[1] quien en forma más exhaustiva ha clasificado el acto procesal. Sin concretarnos a este eminente procesalista y procurando presentar una amplia variedad, que cubra las principales concepciones, podemos efectuar la siguiente clasificación:

A) *Respecto de los sujetos que lo producen*, el acto procesal puede *emanar del funcionario judicial o de las partes*. Ocasionalmente, sin embargo, también participan sujetos ajenos al proceso, como son los peritos y testigos.

B) *En cuanto a la voluntad* existen los que son producto de ella, que constituyen los a*ctos procesales propiamente dichos*; mientras que los sucedidos sin su intervención configuran los *hechos procesales*. Son ejemplos de estos la enfermedad o muerte del apoderado o de la parte, etc.

C) *Por lo referente al número de voluntades o personas que concurren para producir el acto*, puede ser unilateral o plurilateral.

a) El *acto unilateral* es el que realiza cualquiera de los sujetos del proceso y siempre que se encuentre integrado por una sola persona. Es ejemplo la demanda instaurada por un demandante o la sentencia proferida por un juez.

b) El *acto plurilateral* es igualmente emanado de un solo sujeto del proceso, pero cuando está integrado o compuesto por varias personas, como sucede en el allanamiento de los litisconsortes necesarios o la sentencia dictada por un tribunal superior o por la Corte Suprema de Justicia.

La característica de este tipo o clase de actos estriba, no en el acuerdo de voluntades de las personas que integran el sujeto del proceso, sino en la manera como obran, que consiste en la actuación conjunta o de consuno.

D) *De acuerdo con el número de actos que se requieren para obtener determinados efectos*, pueden ser simples y complejos.

a) Son *simples* cuando los integra un solo acto, sin consideración al sujeto que lo lleve a cabo, como acontece con la demanda, su contestación o una providencia jurisdiccional.

b) Los *complejos* se hallan integrados a lo menos por dos actos, realizados por diferentes sujetos, sea que se produzcan de manera simultánea o sucesiva.

Sobre este último tipo de actos, acertadamente ROCCO[2] observa que la voluntad de los sujetos que intervienen en su realización no se encuentra "una frente a la otra", sino "una al lado de la otra", o sea, no existe entrecruzamien-

[1] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Uteha, 1944, págs. 3 y ss.

[2] UGO ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1969, págs. 215 y 216.

to o contraposición entre ellas, cada una en procura de su propio efecto, sino que se dirigen de modo concorde, con identidad de causa, a un fin determinado.

Los actos complejos reciben también el nombre de *acuerdos procesales* y pueden verificarse entre las dos partes, demandante y demandado, o entre cualquiera de estas y el funcionario jurisdiccional, como lo son la casación *per saltum* y el nombramiento de curador *ad litem* para el incapaz relativo, respectivamente. En el primero se requiere que las dos partes estén de acuerdo en prescindir de la segunda instancia para concurrir directamente ante la Corte Suprema. En el segundo el incapaz hace la designación, el juez la acepta y el nombrado manifiesta su aceptación.

E) *Considerando concretamente los actos emanados de las partes y según el alcance perseguido por quienes lo llevan a cabo*, pueden distinguirse en actos propiamente dichos y negocios jurídicos.

a) Los *actos procesales propiamente dichos* —como ya dijimos antes—, son manifestaciones de voluntad de los sujetos del proceso, que tienden a darle comienzo, desarrollo o terminación. En ellos el resultado ya se encuentra previsto en la norma, como acontece con la interposición de un recurso, que determina su trámite y decisión, sin consideración al contenido de esta, por tomarse como referencia solo la actuación o procedimiento.

b) Los *negocios jurídicos procesales* —si dejamos de lado la discusión que han suscitado, que no solo presentan concepciones diferentes, sino que también se llegue a su desconocimiento[3]— pueden concebirse como manifestaciones de voluntad de los sujetos del proceso, concretamente de las partes, tendentes a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas procesales, como acontece con la transacción, la conciliación, etc.

De lo anterior surge la diferencia existente entre estos dos tipos de actos, pues en el propiamente dicho los efectos que produce se encuentran ya previstos en el ordenamiento procesal, mientras que en el negocio jurídico procesal la voluntad de los sujetos origina determinado resultado, consagrado en la ley, pero fijando sus efectos tanto en extensión como en contenido.

Estas dos modalidades tienen en común que solo existen y surten sus efectos en el proceso. De ahí que no tengan la calidad de negocios jurídicos procesales los realizados extraprocesalmente, aunque en el futuro lleguen a producirlos, como acontece con la cláusula compromisoria.

En los negocios jurídicos procesales se distinguen dos modalidades, según que la voluntad emane de una parte o de las dos, denominadas unilateral la primera y bilateral la segunda, siendo ejemplos el allanamiento y la transacción, respectivamente.

[3] JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, t. I, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág. 281.

F) *Según su juridicidad*, los actos pueden ser *lícitos*, cuando se ajustan al ordenamiento positivo, en procura, por tanto, de los efectos consagrados y permitidos por la ley; o *ilícitos*, en el supuesto contrario.

G) *De acuerdo con la función que el acto cumpla en el proceso*, presentan varias modalidades, a saber:

a) *Actos de introducción*, cuando con ellos se da comienzo o iniciación al proceso, como es la demanda y la acusación.

b) *Actos de comunicación*, cuando tienen por objeto informar o enterar a una persona de una decisión u orden impartida por el funcionario judicial (notificaciones).

c) *Actos de ordenación*, si con ellos se tiende a darle curso al proceso, es decir, pasarlo de una etapa a otra hasta ponerlo en estado de proferir sentencia. Por ejemplo, el auto que abre el proceso a prueba, el que corre traslado para alegar, etc.

d) *Actos de impugnación*, si con ellos se trata de atacar la providencia judicial a fin de quitarle su eficacia. Están constituidos por los recursos.

e) *Actos probatorios o de instrucción*, que tienden a verificar los presupuestos de hecho ventilados en el proceso y comprenden toda actuación que implique desarrollo de un medio probatorio.

f) *Actos de alegación* que, en sentido amplio, son todas las manifestaciones que hacen las partes al funcionario judicial en el curso del proceso, pero que, en sentido estricto, se limitan a los denominados alegatos de conclusión.

g) *Actos de decisión*, que tratan sobre todos los pronunciamientos del funcionario, sean estos incidentales o definitivos, según se refieran a cuestiones accesorias que se presenten en el curso del proceso o al objeto de este, respectivamente.

h) *Actos de terminación*, que le ponen término al proceso, sea que emanen del funcionario judicial, que es lo corriente y, por tanto, denominado *normal*, o de las partes, que es lo excepcional y, por ende, *anormal*, como sucede en el caso de la transacción.

Capítulo II

# ELEMENTOS DEL ACTO PROCESAL

## 1. Concepto

El acto procesal está compuesto, lo mismo que el proceso, por un conjunto de elementos, los cuales, siguiendo los lineamientos expuestos por Guasp[1] se encuentran integrados por los sujetos, el objeto y la actividad.

## 2. Sujetos. Concepto

Los sujetos son las personas de quienes el acto procesal emana y están representados por quienes tienen esa calidad en el proceso, o sea, el funcionario jurisdiccional y las partes, comprendiendo en estas la intervención de terceros. Sin embargo, se incluyen otras personas que también participan, como son los auxiliares de la justicia (secuestres) y ciertos órganos de pruebas (testigos, etcétera).

La diferente posición que frente al objeto del proceso tiene cada sujeto, se exterioriza en la conducta que asume en relación con el acto procesal en particular. Al funcionario jurisdiccional, sujeto imparcial, le interesa cumplir con el deber que le ha impuesto el Estado de administrar justicia, mientras que cada parte procura obtener un resultado favorable a sus intereses.

## 3. Objeto

El objeto o materia del acto procesal lo constituye el aspecto sobre el cual versa y la finalidad que con él persigue el sujeto que lo realiza.

El objeto se encuentra siempre referido al del proceso, así sea en forma tangencial, como acontece con la petición que origina un incidente y la providencia que lo decide.

## 4. La actividad

A) *Concepto*. La actividad, denominada formas procesales, consiste en las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que deben llevarse a cabo los actos procesales.

[1] Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, t. i, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, págs. 277 a 288.

B) *Lugar*. Se concibe como el sitio en donde el acto procesal se lleva a cabo. Se refiere, pues, al ámbito espacial.

a) La regla general —que podemos denominar normal— es la de que el acto se realice en el lugar donde funciona el órgano jurisdiccional que conoce del proceso. El vocablo lugar se utiliza, no para referirse al municipio donde el órgano esté ubicado, sino al local u oficina que ocupe. Allí se dictan las providencias, las partes presentan sus peticiones, se recepcionan las pruebas, se celebran las audiencias, etc.

b) La excepción —que, por contraposición al anterior, es factible llamarse anormal— es la de que el acto procesal se realice en lugar diferente al local u oficina que ocupa el órgano jurisdiccional. Esto obedece a la necesidad de practicar ciertas pruebas en el lugar en que ocurrieron los hechos o en que se encuentre determinada persona que debe rendir declaración o se hallen los bienes materia de una inspección judicial, etc.

Esta excepción tiene dos modalidades, a saber:

a') Cuando el acto debe realizarse fuera del despacho del órgano jurisdiccional, pero dentro del territorio en donde este tiene su competencia. Ocurre, por ejemplo, cuando un juez de circuito de Bogotá tiene que practicar una inspección judicial en Usaquén, que está dentro de su territorio.

En este supuesto procede la comisión a un juez de inferior categoría de la misma rama e, inclusive, a un funcionario administrativo, como es el alcalde o el inspector de policía, aunque existen algunas limitaciones en ciertas ramas, como en el civil y las que siguen sus principios, pues la comisión para la práctica de pruebas está prohibida, por cuanto debe efectuarlas personalmente el juez del conocimiento, a fin de cumplir con el principio de la inmediación.

b') La otra variante se presenta cuando el acto tiene que llevarse a cabo fuera del territorio en donde el juez ejerce sus funciones, como sucede cuando el proceso cursa en un juzgado civil o laboral de Bogotá y la prueba sea necesario practicarla en Barranquilla.

En esta modalidad —como es obvio—, por no tener el juez competencia en el lugar donde debe practicarse la prueba, se impone la comisión, que se realiza de diferente manera y a distinto funcionario, según sea dentro del territorio nacional o en el extranjero.

Si la comisión es dentro del territorio nacional, se otorga a un funcionario jurisdiccional de igual o de inferior categoría, a cuyo efecto se le libra el correspondiente despacho. Es viable la comisión a funcionarios administrativos, pero no para la práctica de pruebas sino de otras actuaciones, v. gr., un secuestro.

Cuando la comisión es para practicar el acto fuera del territorio nacional, la comunicación que con tal efecto se libra recibe la denominación de exhorto y se envía al Ministerio de Relaciones Exteriores para que proceda de conformidad con los tratados públicos y los principios del derecho internacional.

Al respecto, lo usual es que el cónsul colombiano del lugar en el exterior, en donde debe llevarse a cabo el acto procesal, sea el encargado de realizarlo, pero también es factible que lo cumpla una autoridad del respectivo país.

C) *Tiempo.* El tiempo se refiere al lapso dentro del cual el acto procesal debe realizarse. Jurídicamente y, en especial, de acuerdo con la ley procesal, se le denomina *términos*.

a) *Función.* Los términos cumplen una función primordial en el proceso, porque demarcan las diferentes etapas que él comprende, tanto para su iniciación como para su terminación. Tienen su fundamento, por tanto, en el principio de la preclusión y eventualidad, razón por la cual la eficacia de los actos está condicionada a que se realicen dentro del término previsto o señalado con tal fin.

b) *Clases.* Los términos son de horas, días, meses y años.

a') Las horas se cuentan desde que comienza hasta cuando finaliza y, por tanto, se inicia la siguiente. Así, por ejemplo, la hora de las tres de la tarde empieza al culminar la de las dos y termina cuando comienza la de las cuatro. Empero, para la realización de audiencias y diligencias en general, deben iniciarse en el primer minuto de la hora señalada, aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados estén presentes, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 123 del Código de Procedimiento Civil con la modificación introducida por el decreto 2282 de 1989.

Lo anterior, desde luego, no puede tomarse en forma absoluta, pues es preciso tener en cuenta determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, si se señaló las dos de la tarde, pero solo a esa hora abren el juzgado, los interesados, necesariamente, llegarán después del minuto. En la recepción de un testimonio, consideramos que no debe dejarse de recibir por el hecho de que el testigo llegue al juzgado cinco o diez minutos tarde.

b') Los días se refieren únicamente a aquellos durante los cuales el despacho u órgano judicial está en actividad, lo que se entiende por el solo hecho de permanecer abierto para el público. Se excluyen, por ende, los festivos, los de vacaciones y, en general, los inhábiles, que son aquellos en los cuales el despacho, más concretamente la secretaría, está cerrada, como sucede cuando se practica inventario, etc.

c') Los meses y años son calendario sin consideración al número de días que tenga uno u otro. Incluyen, de consiguiente, los días no hábiles, festivos, de vacaciones, etc. Así, por ejemplo, si un término de dos meses empieza a correr el día quince de enero, finaliza el quince de marzo, sin importar que febrero tenga veintiocho o veintinueve días.

c) *Manera de surtirse.* Los términos se cuentan a partir de cuando empieza la hora, pero si se trata de días, meses, etc., desde el día siguiente a la notificación

de la providencia que lo fija. Sin embargo, cuando el término corre para varias personas o para varias partes simultáneamente, se computa a partir del día siguiente al de la última notificación.

La anterior regla tiene una excepción cuando el término es para surtir un traslado y durante este la parte en cuyo favor se corre pueda retirar el expediente de la secretaría del órgano jurisdiccional, como ocurre en el civil para que el recurrente en casación formule la correspondiente demanda, que solo empieza a correr a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que lo fija, puesto que el expediente no puede sustraérsele a las partes cuando estas aún tienen oportunidad de recurrir la decisión del juez. Si contra la providencia se interpone reposición —único recurso procedente contra ese tipo de decisiones, por tratarse de autos de trámite—, el término empieza a correr el día siguiente de notificada la que confirma el pronunciamiento recurrido, ya que no es necesario esperar su ejecutoria por no proceder contra él ningún medio de impugnación.

d) *Cesación.* Se denomina así el fenómeno que se presenta cuando el término deja de correr en virtud de determinado hecho o circunstancia —que la ley procesal respectiva contempla en forma expresa—, para reanudarse o empezar a surtirse nuevamente, según el caso, una vez que ellos desaparecen.

Dos fenómenos determinan la cesación de términos: la suspensión y la interrupción.

a') La *interrupción* acontece cuando el término cesa a partir del momento en que sucede el hecho o circunstancia, reanudándose luego que este desaparece.

La interrupción puede ser general o específica.

1. La interrupción es general cuando afecta a todos los procesos que cursan en un órgano judicial. Obra en las vacaciones colectivas, los días festivos y en cualquier otro en que el despacho o, mejor, la secretaría, permanezca cerrada para el público.

2. La interrupción es específica si solo atañe a determinado proceso. Tiene efecto en la crisis del procedimiento —que también ofrece las modalidades de suspensión e interrupción, pero ya referidas al proceso, que analizaremos posteriormente en el capítulo destinado a considerar ese aspecto— y cuando el expediente ingresa al despacho del juez para resolver una petición formulada por cualquiera de las partes y siempre que tenga relación con el asunto para el cual se fijó el término, porque si se trata de otro diferente, el secretario debe mantenerla en su poder hasta cuando venza aquel.

b') La *suspensión* opera cuando el término empieza a correr, pero, por interponerse la reposición contra el auto que lo fija, se surte de nuevo a partir del día siguiente a la notificación de la providencia que decida desfavorablemente el recurso o confirme la decisión. En este caso el término que había co-

rrido con antelación al ingreso del expediente al despacho del juez a fin de pronunciarse sobre la reposición desaparece o se considera como si no se hubiera producido o surtido, empezando a correr al día siguiente de la notificación del auto que confirma la decisión o niega la procedencia del recurso.

e) *Reanudación*. Este calificativo se utiliza para referirse al momento en que la cesación de términos desaparece y, por tanto, estos vuelven nuevamente a correr.

Como la figura entraña que el término corrido con antelación se sume al que se surte una vez desaparecida la causa que determinó la cesación, solo obra en la interrupción, excluyéndose la suspensión.

La reanudación se produce, cuando se trata de interrupción general, luego que expiran las vacaciones judiciales o el despacho se abre al público; mientras que, si es específica, por la desaparición del hecho que generó la cesación y en la de ingreso del expediente al despacho del juez al día siguiente de notificada la providencia con la cual salga a la secretaría.

f) *Vencimiento*. El término vence, es decir, precluye, una vez se cumple la hora o expira el plazo señalado. Esto significa que si el término es de horas, finaliza al comenzar la siguiente a la última señalada, pero con la salvedad anotada que para las partes perentoriamente queda circunscrita al primer minuto; si es de días, al expirar el último hábil; y si es de meses o de años, al cumplirse el respectivo lapso, sin consideración —como dijimos— al número de días que hayan corrido.

g) *Clasificación*. Los términos son susceptibles de clasificarse desde diferentes puntos de vista. Los principales son:

a') De acuerdo con el sujeto del proceso en cuyo favor se surtan, pueden ser para el juez o para las partes.

1. Son para el juez los que corren exclusivamente para él, como ocurre con el fijado para que dicte las providencias.

2. Para las partes, cuando se surten únicamente en favor de estas, como el destinado a los alegatos, para interponer recursos, contestar la demanda, etc.

b') Conforme al número de partes, para quienes corra, son comunes e individuales.

1. El común es el destinado para todas las partes del proceso, como ocurre con el período probatorio.

2. El individual es cuando se surte solo para una de las partes, por ejemplo, el traslado de la demanda, que está destinado únicamente para el demandado.

c') Según quien fije su duración, son legales y judiciales.

1. Son legales cuando la norma los señala. Por ejemplo, el de traslado de la demanda, el período probatorio, el de alegar, el de recurrir, etc. Esta es la regla general adoptada por los códigos de procedimiento.

2. Los judiciales se presentan cuando la ley deja al juez que fije la duración del término, sea que le señale límite o no. Son la excepción en los ordenamientos procesales.

d') De acuerdo con su perentoriedad, pueden ser prorrogables e improrrogables.

1. Los prorrogables son los susceptibles de ser ampliados. Para que esta modalidad tenga aplicación se requiere que la norma la consagre y la parte interesada, si es a instancia de ella, formule la correspondiente solicitud con antelación al vencimiento o expiración del término.

2. Los improrrogables no admiten ampliación, por lo cual su duración siempre es la fijada en la ley o por el juez. Esta es la regla general.

e') Respecto de su finalidad, son ordinarios y extraordinarios.

1. Los ordinarios son los señalados para surtir una actuación corriente o normal en el proceso, como ocurre con el período probatorio.

2. Los extraordinarios son los que se destinan para llevar a cabo una actuación excepcional dentro del proceso y que para su procedencia requieren que se den los presupuestos establecidos por la ley.

Se presentan en el llamado período extraordinario de pruebas, que tiene aplicación en la rama agraria, cuando es necesario practicar algunas en el extranjero, para lo cual es indispensable un lapso mayor que el corriente.

f') En cuanto a la importancia, pueden ser principales y supletorios.

1. El principal es el destinado a surtir actuaciones corrientes del proceso, como el período probatorio, el de alegatos, traslado, etc.

2. El supletorio tiene por objeto suplir al principal. En otras palabras, procura dar nueva oportunidad a los sujetos del proceso para que realicen un acto o determinados actos que no pudieron verificar en el principal. Se presenta, v. gr., cuando el juez no aprovecha el período probatorio principal para decretar pruebas de oficio y fija uno con tal finalidad antes de proferir sentencia.

h) *Renuncia.* La renuncia es un acto en virtud del cual la parte prescinde de todo o de parte del término que se surte en su favor.

Los términos en general son esencialmente renunciables. No debe confundirse la renuncia de términos con la prescindencia de estos. La primera obra en virtud de acto de parte interesada, mientras que la segunda tiene efecto por disposición de la ley. Así, por ejemplo, una parte puede renunciar la ejecutoria de una providencia, esto es, el término que se le da para que pueda recurrirla; se prescinde del período probatorio cuando el asunto controvertido es de puro derecho y no requiere por tanto de prueba.

a') Para que la renuncia proceda es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que la solicite o manifieste expresamente la parte o partes en cuyo favor se surte. Esto implica que si el término se corre para una parte que está integrada por varias personas, o sea, que existe litisconsorcio, es preciso que provenga de todos los litisconsortes.

2. Que la solicitud o manifestación se haga antes de empezar a correr el término o en el curso de este, según que la renuncia sea total o parcial, respectivamente.

3. Que se haga por escrito o verbalmente en el curso de una audiencia o diligencia o en el acto de notificación personal de la providencia que decrete u ordena de manera expresa o implícita el término.

La orden es expresa si el proveído fija el término, como ocurre con el auto que ordena correr traslado para alegar; es implícita cuando no lo menciona, pero sí lo entraña, por exigirlo la decisión, como acontece con cualquier providencia y en relación con el término de ejecutoria, destinado a interponer los recursos establecidos por la ley.

i) *Restitución.* La restitución consiste en que el término que está en curso o que ya precluyó, vuelva a surtirse en su totalidad.

Este fenómeno estaba expresamente consagrado en el Código de Procedimiento Civil anterior, pero fue derogado por el actual, que estableció en su lugar, si no se ha realizado gestión alguna, y solo ha corrido el término, la nulidad de la notificación de la providencia, para que esta vuelva a realizarse y permitir así que corra nuevamente el de su ejecutoria.

D) *Modo.* El modo se refiere a la manera como los actos procesales se materializan o plasman en la realidad. En otras palabras, como lo afirma LINO E. PALACIO[2], el modo atañe a la forma como el acto procesal sale del dominio intelectual de su autor para penetrar en la realidad objetiva.

El modo o forma, como también suele denominársele, comprende dos momentos: uno, llamado expresión o producción, que es la manera en que el acto procesal se exterioriza; el otro, denominado recepción o percepción, que se refiere a la persona o personas a quienes se destina o en cuya presencia debe realizarse.

La producción comprende el lenguaje y el idioma. El primero trata sobre la forma de expresión, y puede ser escrito u oral, según sea el sistema imperante; el segundo, en cambio, comprende el idioma que debe emplearse en el acto, en nuestro medio el castellano.

En cuanto a la percepción, requiere en algunos casos que determinados sujetos estén presentes, como sucede, por ejemplo, en la declaración del testigo, que exige la presencia del funcionario jurisdiccional o de la persona autorizada o facultada para recibirlo.

[2] LINO ENRIQUE PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pág. 329.

## CAPÍTULO III

## REQUISITOS DEL ACTO PROCESAL

### 1. CONCEPTO

Se entiende por requisitos las formalidades que el acto procesal debe cumplir para que se considere válidamente producido y surta los efectos o consecuencias previstos en la ley.

### 2. CLASES

Los requisitos son susceptibles de clasificarse desde varios puntos de vista, pero, refiriéndolos a sus consecuencias, que constituyen el aspecto central, se agrupan en tres: de *existencia*, de *validez* y de *eficacia*.

### 3. REQUISITOS DE EXISTENCIA

Los requisitos de existencia son los necesarios para que el acto procesal se considere realizado o producido y están integrados por dos: la materialidad y las firmas.

A) La *materialidad* se refiere a que el acto adquiera exteriorización o realidad y mira a dos formas o medios por las cuales se realiza y que dependen del sistema adoptado por la respectiva ley procesal: escrito u oral.

a) En *el escrito* la materialidad se adquiere luego de extenderse el respectivo documento. Empero, el solo escrito en algunos ordenamientos procesales no es suficiente, por cuanto se exigen otros requisitos. Tales formalidades en el acto emanado de las partes son la entrega y presentación personal del escrito. Entre nosotros existió el empleo del papel sellado, expedido por el Estado con esa finalidad, abolido en virtud de la ley 39 de 1981.

a') *Entrega del escrito.* Se realiza en la secretaría del órgano judicial al cual va dirigido. Puede recibirlo cualquier empleado del juzgado, quien debe, si se le solicita, autenticar la copia que se le presente, la cual va a servir no solo como prueba de la entrega, sino para reconstruir el expediente en caso de pérdida o extravío.

Si el escrito se envía desde sitio diferente de aquel donde cursa el proceso, puede hacerse llegar por cualquier medio, después de autenticarlo en la

forma prevista para la demanda, que es la misma del poder. Al emplear el vocablo medio, significa que puede ser fax o telegrama o mensaje de datos. El juez, de oficio o a solicitud de parte, cuando se utiliza el telegrama, puede ordenar a la oficina remitente que le envíe fotocopia autenticada del original (C. de P. C., art. 107).

Como el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con la modificación introducida por el decreto 2282 de 1989, solo contemplaba el telegrama, la Corte Suprema de Justicia consideró improcedente el fax, pues, aunque para ese entonces existía, la norma no lo incluyó o reguló[1].

Ese criterio estuvo en oposición con el sentado por el Consejo de Estado, el cual, primero en su sección tercera[2], y luego en la segunda[3], reconoció el fax, por considerar que, si bien no está expresamente regulado en el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil, tiene una notable similitud con el telegrama.

Al respecto consideramos que, aun cuando la disposición no se refería al fax, incuestionablemente lo incluía, no solo por su semejanza con el telegrama, como lo sostuvo el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, sino porque da mayor garantía que este, por tratarse de una reproducción del original y establecer, por sí solo, la constancia de autenticidad que el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil exige, sin necesidad de verificarla mediante remisión del original. Esto no obsta, desde luego, para que el funcionario, si lo considera conveniente, como lo prevé la norma, solicite el envío del original.

En la actualidad esa controversia carece de importancia, no solo porque la reforma que al artículo 107 del Código de procedimiento Civil le efectúo la ley 794 de 2003, en el sentido anotado que puede utilizarse cualquier medio, sino que, merced a la ley 527 de 1999, se le dio reconocimiento al mensaje de datos, considerando como tales a tenor de lo dispuesto por el artículo 2º, entre otros, al correo electrónico, al telegrama, al telefax o el télex, y atribuyéndoles, conforme lo preceptúa el artículo 10, efectos de validez y eficacia en toda actuación administrativa o judicial. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, por conducto de su sección tercera, al aceptar el recurso interpuesto mediante memorial enviado al tribunal[4].

Cualquiera que sea la manera como llegue el escrito a la secretaría del órgano judicial, es decir, directamente o mediante envió telegráfico o telefax, la

[1] Sala civil, auto 15 septiembre 1993. Ponente: Dr. Héctor Marín Naranjo, publicada en Revista *Jurisprudencia y Doctrina*, Santa Fe de Bogotá, Legis, t. XXII, núm. 263, págs. 1070 y 1071.

[2] Sent., 23 octubre 1990, exp. 729730. Consejera ponente: Dra. Myriam Guerrero.

[3] Auto, 27 julio 1993, exp. 8306. Ponente: Dr. Carlos Orjuela Góngora, publicado en Revista *Jurisprudencia y Doctrina*, Santa Fe de Bogotá, Legis, t. XXII, núm. 261, págs. 890 y 891.

[4] Auto 26 julio 2001, exp. 19920 (1250). Ponente: Dr. Ricardo Hoyos, publicado en Revista *Jurisprudencia y Doctrina*, Santa Fe de Bogotá, Legis, t. XXX, num. 357, págs. 1661 a 1665.

fecha corresponde a la de entrega realizada en horas hábiles. Esto tiene importancia, particularmente si con el escrito se hace uso de un acto procesal cuyo término esté surtiéndose, como acontece con el destinado a interponer los recursos.

b') *Presentación personal.* Es el acto en virtud del cual el escrito adquiere *autenticidad,* vale decir, certeza de que proviene de determinada persona.

El artículo 107 del Código de Procedimiento Civil, denominado presentación personal, se remite a lo que al respecto consagra el artículo 84 de dicho ordenamiento, el cual habla de *autenticar las firmas,* y exige, como lo han entendido los despachos judiciales, que se deje no solo la constancia de comparecencia, sino, lo que es fundamental, que la suscriba la persona de quien proviene, de manera semejante a como se procede cuando se efectúa el reconocimiento ante notario.

La regla general a este respecto es la de que el escrito puede ser entregado al despacho judicial al cual va dirigido por cualquier persona; la excepción, por ende, la constituye la presentación personal, que obedece a la importancia de ciertas peticiones que entrañan disposición del derecho y, por ende, producen efectos definitivos o trascendentes en el proceso.

El artículo 13 de la ley 446 de 1998 establece la presunción de autenticidad en los memoriales presentados por las partes, salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del litigio y los poderes, lo cual significa que no quedan amparados por esa condición prácticamente los mismos que el Código de Procedimiento Civil exige se presenten personalmente o autenticados, como es el desistimiento, la transacción, la petición de suspensión voluntaria del proceso, la solicitud de amparo de pobreza, la de reconstrucción de expedientes y, en general, todas las que requieren manifestación bajo la gravedad del juramento, puesto que este se entiende prestado con el cumplimiento de dicha formalidad. Este criterio fue acogido por el inciso final del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, según la modificación que le hizo la ley 794 de 2003.

Consideramos que si el memorial es suscrito directamente por el interesado que se encuentra en sitio diferente a donde cursa el proceso, no requiere presentación personal, por obrar la presunción de autenticidad; empero, sí se envía por telégrafo o fax o cualquier otro medio, si está sujeto a esa formalidad, como lo establece el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil, el cual, en nuestro concepto, continúa vigente en ese aspecto.

También se sujeta a la autenticación la primera petición que formule el apoderado, por cuanto es necesario establecer su condición de abogado mediante la presentación de la tarjeta profesional, lo cual solo se obtiene con la constancia que al efecto deje la secretaría.

La petición que formule cualquiera de las partes debe pasar de la secretaría al despacho del juez a más tardar el día siguiente de su entrega, aun cuando

el expediente esté allí, para que resuelva simultáneamente todas las peticiones pendientes, salvo que esté corriendo algún término, pues entonces es preciso esperar que venza, como ocurre cuando se trata del ejercicio de un recurso o de una facultad que tenga señalado uno.

Sin embargo, la ley prevee una excepción a dicha regla que obra en el supuesto que el escrito contenga una petición íntimamente relacionada con el asunto para el cual se surte el término o requiera un trámite urgente, en cuyo caso el secretario lo consulta verbalmente con el juez.

b) La *materialidad* en el sistema oral se produce una vez que el acto procesal se pronuncia, sin consideración al sujeto de quien emane. No obstante, como es necesario dejar constancia del acto para efecto de los recursos y tener la historia del proceso, se sienta un documento que recibe el nombre de *acta*.

De acuerdo con lo expuesto, el acta es la constancia documental de una actuación judicial determinada. El acta se sienta de dos maneras, según el medio mecánico que se utilice: directa e indirecta.

a') *Directa*. Ocurre cuando se emplea la mecanografía y el acta se sienta simultáneamente con lo que vaya ocurriendo o al final de la diligencia o audiencia. La suscriben el funcionario judicial y el secretario, junto con las personas que intervengan en la actuación, como partes, apoderados, testigos, etc.

b') *Indirecta*. Se presenta cuando se graba mediante cinta magnetofónica. En este supuesto se elabora un proyecto de acta dentro de los dos días siguientes a la audiencia, que, suscrito por la persona que hizo la versión, queda a disposición de las partes por el mismo término para que presenten observaciones escritas, que tiene en cuenta el juez antes de firmarlo, a más tardar el día siguiente. Las demás personas que intervienen en la audiencia suscriben el acta en los dos días siguientes. Si alguna no firma, se omite esa formalidad. Firmada el acta, puede prescindirse de la grabación.

La anterior reglamentación está prevista por nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 109 para todas las actuaciones verbales u orales y es aplicable a los otros ordenamientos procesales, porque sus normas tienen la calidad de supletorias para llenar los vacíos dejados en estos por el legislador, según expresamente lo disponen cada uno de ellos.

El Código de Procedimiento Civil, antes de la reforma introducida por el decreto 2282 de 1989, regulaba la manera de proceder cuando se empleara taquigrafía para hacer constar lo ocurrido en la audiencia o diligencia. Este aspecto fue suprimido con la modificación efectuada por el mencionado decreto al artículo 109 del Código de Procedimiento Civil, limitándose a la grabación mediante cinta, lo que obedeció a la ninguna aplicación que tuvo la taquigrafía.

El decreto 2651 de 1991, en su artículo 39, modificó el sistema para todas las ramas del derecho procesal, en el sentido que la regla general a seguir en las audiencias y diligencias era la de utilizar el sistema de grabación magnetofó-

nica o electrónica, salvo que el despacho no tuviese los elementos necesarios y las partes no los proporcionaran, pero este precepto lo derogó el artículo 167 de la ley 446 de 1998, con lo cual recobro vigencia el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 95 de la ley 270 de 1996, autorizó al Consejo Superior de la Judicatura para propiciar la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfoca principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información. Al efecto dispuso que los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales puedan utilizar medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones. Los documentos emitidos por estos medios gozan de la validez y eficacia de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

B) La *firma.* Entendida en su acepción corriente y general, es el signo manuscrito que emplea una persona para expresar su nombre y apellidos. Utilizamos el vocablo *signo* por ser genérico y comprender, de consiguiente, tanto la legible como la ilegible o, simplemente, cualesquier rúbrica. Es manuscrito por provenir del puño y letra del autor.

Todo acto procesal que conste por escrito —por ser ese el medio empleado o el acta del oral— lleva la firma del sujeto del proceso que lo ejecuta. La firma no está sujeta, por regla general, a formalidad alguna. Sin embargo, se requiere que sea completa, esto es, nombre y apellidos, cuando se trata del funcionario judicial, sin que esto sea esencial al acto, ya que su inobservancia sólo apareja sanción de tipo económico.

Así mismo a los funcionarios judiciales se les impone el requisito adicional de la *antefirma*, que consiste en el nombre y apellidos puestos por un medio mecánico, como el sello o la mecanografía, al pie de la firma. Igualmente, y con la calidad de adicional, se exige que, al pie de su firma, los abogados anoten el número de la tarjeta profesional.

Es incuestionable que la firma del funcionario judicial es requisito esencial para que la providencia se considere producida: así lo ordena el artículo 103 del Código de Procedimiento Civil, pero no ocurre lo mismo respecto de los provenientes de las partes, por no existir norma expresa. Sin embargo, se infiere del artículo 269 del mismo ordenamiento procesal, porque la firma es lo que hace presumir la autoría del documento.

## 4. Validez

A) *Concepto.* La validez tiende a que el acto procesal no esté afectado de nulidad.

B) *Causales*. La invalidez —llamada con mayor propiedad *nulidad*— puede provenir de circunstancias subjetivas u objetivas.

a) *Subjetivas*. Afectan a los sujetos del proceso y se refieren al funcionario judicial y a las partes.

a') *Respecto del funcionario judicial* se requiere que tenga jurisdicción y competencia, que son las calidades que lo habilitan para actuar en determinado proceso y, por ende, proferir los actos procesales pertinentes.

b') *En cuanto a las partes* es indispensable que tengan capacidad para adoptar esa condición y actuar como tales, que corresponden, respectivamente, a la capacidad para ser parte y la capacidad procesal.

c') *Objetivas*. Se refieren al acto procesal en sí considerado y, en particular, a las denominadas formas procesales, que son las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se produce.

C) *Actos que afecta. La nulidad* —como bien observa CARNELUTTI[5], criterio que acoge DEVIS ECHANDÍA[6]— solo atañe a los actos procesales emanados del funcionario judicial, ya que los de las partes únicamente pueden ser afectados en cuanto a su eficacia.

Así, por ejemplo, la declaración de nulidad de un proceso por trámite procesal inadecuado recae en todas las providencias del juez mediante las cuales le dio comienzo y desarrollo, pero la demanda permanece incólume y determina que luego se le de el trámite que le corresponde.

D) *Fundamento*. El fundamento de la nulidad se encuentra en los preceptos constitucionales y, concretamente, en el de que nadie puede ser juzgado, sino por funcionario judicial competente y de acuerdo con los trámites previstos al efecto. En este precepto, precisamente, tienen asidero los principios ya expuestos de la bilateralidad y la debida citación del demandado para que pueda ejercer su derecho de defensa.

E) *Sistemas*. Dos sistemas se reconocen en cuanto a las causales que estructuran o generan las nulidades: el de la taxatividad y el de la enumeración.

a) De la *taxatividad*. Se funda en que la ley, al reglamentar el precepto constitucional antes mencionado, cita las únicas causales determinantes de nulidad. Es el acogido por nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 140.

Tiene la ventaja de que da mayor seguridad al funcionario judicial y a las partes, pues aquel debe rechazar de plano las causales que estas propongan diferentes de las enunciadas por la ley, con lo cual se evitan dilaciones injustificadas del proceso.

[5] FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, t. III, Buenos Aires, Uteha, 1944, núm. 547, págs. 558 a 560.

[6] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Edic. Aguilar, 1966, pág. 686.

b) De la *enumeración*. Se caracteriza porque la ley solo enuncia algunas causales generadoras de nulidad, dejando por fuera otras que tienen su fundamento en la norma constitucional a que nos referimos.

Esta modalidad, contraria a la anterior, tiene el inconveniente de que simples irregularidades puedan invocarse como causales de nulidad, imponiéndose darles el trámite respectivo, con la consiguiente pérdida de actividad, y, lo más grave, que puedan ser acogidas.

F) *Clasificación*. La nulidad es susceptible de clasificarse, según el punto de vista que se tome en consideración, de la siguiente manera:

a) *De acuerdo con los efectos que produzca en el proceso*, puede ser extensible y no extensible.

a') La *extensible* es cuando, aunque la nulidad solo recae sobre un acto en particular, afecta a los posteriores que dependen o tienen su soporte en él. Ocurre en la indebida notificación del auto admisorio de la demanda, que cubre toda la actuación posterior surtida hasta cuando se declara la nulidad.

b') La *no extensible* es la que se limita a un solo acto o actuación procesal, sin que los realizados posteriormente sean afectados por la nulidad. Sucede, por ejemplo, en el remate, cuando no observa las formalidades establecidas por la ley.

b) *Según la actuación que afecte*, puede ser total o parcial.

a') *Total*. Cuando la nulidad comprende o cobija toda la actuación o actos surtidos desde que se presenta hasta el momento en que ella es declarada. Acontece en el trámite inadecuado.

b') *Parcial*. Cuando la nulidad recae sobre una actuación en particular, como sucede en el remate.

c) *Conforme a la posibilidad de convalidación*, suelen dividirse en saneables e insaneables.

a') *Saneables* son las nulidades susceptibles de ser convalidadas por las partes o, más propiamente, por aquella en cuyo favor se ha consagrado la causal.

La convalidación es una conducta de la parte en virtud de la cual le hace perder la nulidad que afecta a un acto procesal o a una actuación determinada. Es, en otros términos, el medio para que el acto conserve su validez.

La convalidación puede ser expresa o tácita.

1. La *convalidación expresa* —denominada también *rectificación*— consiste en que mediante un acto procesal de la parte se le da validez al afectado con la nulidad.

La expresa o rectificación, a su vez, puede ser de dos maneras: la confirmación y la ratificación.

1.1. La *confirmación* se presenta cuando la convalidación proviene del mismo sujeto del proceso afectado con la nulidad. Puede citarse como ejem-

plo la situación prevista en el antiguo Código de Procedimiento Civil, el cual, en su artículo 449, ordinal 3º, disponía que cuando la competencia era improrrogable, la nulidad que esta circunstancia determinaba quedaba saneada en virtud de la confirmación de las partes. Ciertamente la norma no hablaba de confirmación, sino de ratificación, vocablo que utilizaba como sinónimo de convalidar, pues no diferenció las dos modalidades que esta presenta.

1.2. La *ratificación* se presenta cuando la convalidación proviene de persona diferente de quien ocasiona la nulidad. La ratificación, por tanto, requiere que provenga de quien debió autorizar o realizar el acto nulo. Tenía ocurrencia en el Código de Procedimiento Civil antes de la reforma cuando se actuaba sin poder, pues, de ser así, al presunto poderdante le correspondía efectuar la ratificación, la cual cumplía mediante manifestación de conformidad con la actuación surtida en su nombre.

2. La *convalidación tácita* —denominada también *aquiescencia*—, ocurre cuando la parte afectada con la nulidad, esto es, la legitimada para alegarla, no la propone dentro del término que al efecto señala la ley.

Modalidad que acoge nuestro Código de Procedimiento Civil y obra en todas las causales saneables en virtud de la reforma del decreto 2282 de 1989. Así, por ejemplo, si el proceso continúa su curso cuando ha mediado la interrupción de él, como la enfermedad del apoderado, la actuación queda convalidada de manera tácita si este no propone la nulidad dentro de los cinco días siguientes al del cese de la incapacidad (art. 155, inc. 5º).

De la diferencia entre la convalidación expresa (que implica actividad, puesto que debe llevarse a cabo un acto posterior) y la aquiescencia (que es inactividad, porque presupone guardar silencio durante el tiempo señalado por la ley para invocar la nulidad) se ha derivado el calificativo de acto nulo y acto anulable.

El *acto nulo* carece de validez hasta cuando se produzca su convalidación; mientras que el acto anulable es válido, pero pierde esta calidad si se propone la nulidad. Por esto, acertadamente se dice que en el acto anulable obra una *condición resolutoria*, y, en cambio, en el nulo tiene efecto una *condición suspensiva*[7].

Por regla general, la nulidad solo puede ser invocada en el curso del proceso, esto es, antes que culmine de manera normal o anormal. Por tanto, en los declarativos precluye con la correspondiente sentencia y en los ejecutivos con el pago. Sin embargo, en la *indebida representación, la falta o irregular notificación al demandado de la providencia con la cual se le vincula al proceso y la que afecta la sentencia,* por su trascendencia, la ley permite invocarlas después de proferida esta providencia en el declarativo y durante su cumplimiento o en el ejecutivo instaurado para obtener la cancelación de las obliga-

[7] *Ibidem*, pág. 695.

ciones en ella impuestas e, inclusive, como causal del recurso de revisión. Al hablar de la correspondiente sentencia significa que esta se profiera y que, además, esté ejecutoriada, por cuanto si la proferida es apelada, en el curso de la segunda instancia es posible proponer la nulidad.

La nulidad sólo puede ser propuesta por la parte que no origina la causal, porque en beneficio de ella está consagrada. Además, si se legitimara a quien la ocasionó, se desconocería el principio de la lealtad procesal, porque podría formularla cuando la decisión definitiva le pudiese ser adversa.

b') *Insaneables*. Cuando no son susceptibles de convalidación o saneamiento. Es ejemplo de esta clase de nulidades el trámite inadecuado, que se produce cuando se acude a un proceso diferente del asignado por la norma a la pretensión que se hace valer, por ejemplo, seguir el abreviado cuando le corresponde el ordinario de mayor cuantía.

Cuando se presenta una nulidad de esta naturaleza el funcionario judicial, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, la declara. En esta modalidad, por la naturaleza de la nulidad, está facultado para proponerla cualquiera de las partes.

De lo expuesto se infiere el fundamento de las dos modalidades: que en la nulidad saneable radica en la protección de una de las partes, mientras en la insaneable no mira o atañe a un sujeto en particular, sino que el interés se refiere al proceso propiamente dicho y, por ende, es de mayor trascendencia.

En efecto, la indebida notificación del auto admisorio perjudica al demandado y este, por tanto, es el único llamado a sanearla, mediante la correspondiente convalidación; la pretermisión de la instancia, proceder contra decisión ejecutoriada del superior, por ejemplo, son aspectos que afectan la actuación en sí y, por ende, a todos los sujetos, es decir, juez y partes. Por esta razón es insaneable —como lo observamos anteriormente— y puede proponerla cualquiera de las partes e, incluso, el juez declararla de oficio.

d) *De acuerdo con la facultad del funcionario judicial para declararla*, puede ser absoluta o relativa.

a') La *absoluta* es la declarada de oficio por el funcionario judicial tan pronto sea observada. Es ejemplo de ella el trámite inadecuado.

b') La *relativa* solo puede ser declarada por el juez cuando es invocada o propuesta por las partes, como sucede con la interrupción del proceso por enfermedad del apoderado.

Esta modalidad de la nulidad guarda estrecha relación con el saneamiento o convalidación. En efecto, la nulidad insaneable es absoluta, mientras la relativa es saneable. El pronunciamiento judicial al respecto en el primer supuesto es *simplemente declarativo*, pues el acto desde que nace es inválido; en el segundo, en cambio, es *constitutivo*, pues el acto subsiste hasta ese momento[8].

[8] ENRIQUE VÉSCOVI, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 299.

G) *Principios*. La doctrina y la jurisprudencia reconocen unos principios o criterios que rigen lo concerniente a las nulidades, los cuales se estructuran en muchos de los aspectos analizados[9]. Suelen distinguirse los siguientes:

a) El de la *especificidad o de legalidad*. Este principio se funda en que no puede haber causal de nulidad que no esté expresamente consagrada en la norma. Es conocido —como lo indicamos anteriormente— por *taxatividad*.

b) El de *protección*. Radica en que la nulidad tiene por objeto proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado a causa de la irregularidad.

c) El de *trascendencia*. Este principio guarda estrecha relación con el anterior, al punto que algunos suelen refundirlo, por cuanto consiste en que la simple irregularidad no es suficiente para ocasionar la nulidad, sino que es indispensable que ella cause un perjuicio a cualquiera de las partes. Además, que el perjuicio implique el desconocimiento de los derechos de las partes y violación del debido proceso.

Por tal razón, la tendencia de los ordenamientos procesales actuales es la de eliminar como causal de nulidad las simples irregularidades que se subsanan en el curso del proceso y mediante los medios de impugnación. En este sentido, precisamente se pronuncia el parágrafo único del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

La efectividad de dicho principio está condicionada al de la especificidad o legalidad, por cuanto la norma, al elevar a causal de nulidad una determinada circunstancia, le da tal calidad de vicio esencial. Si el vicio carece de esta condición, por no estar reconocido como causal de nulidad, constituye una simple irregularidad, subsanable mediante los recursos.

d) El de *convalidación*. Consiste en que la nulidad desaparece del proceso por virtud del consentimiento expreso o implícito de la parte perjudicada con la irregularidad.

e) El de *declaración judicial*. Consiste en que la nulidad solo se produce si existe decisión judicial que la declare. En consecuencia, así la nulidad sea insaneable, si las partes no la invocan y el juez no la decreta de oficio, al finalizar el proceso con la correspondiente ejecutoria del fallo, precluye la oportunidad de declararla. Se excluyen, desde luego ciertas causales que la norma permite invocar aun como fundamento del recurso de revisión. Empero, en este supuesto, transcurrido el término para interponer la revisión o ya decidida, se cierra definitivamente la posibilidad de declarar la nulidad.

## 5. Eficacia

La eficacia consiste en que el acto procesal produzca las consecuencias previstas en la norma y perseguidos por su autor. Así como la nulidad, según

[9] Cas. civil, sent., 5 diciembre 1974.

lo observamos, se predica de los actos emanados del juez, la eficacia es propia de los provenientes de las partes. No puede hablarse de la nulidad de la demanda, de un recurso o de cualquiera otra petición que formulen las partes, pero sí del auto que admite el libelo, del que abre a prueba o corre traslado, etc. Empero, la nulidad de la actuación determina que los actos de las partes sean ineficaces, pues quedan sin soporte. Así, por ejemplo, un alegato de conclusión no significa nada si el proceso en el cual se presenta es declarado nulo.

Por lo anterior es equivocado el empleo del vocablo eficacia que hace tanto la ley 600 de 2000 como la 906 de 2004 para referirse a las nulidades. Desde luego —repetimos— el acto nulo es ineficaz, pues no produce efecto alguno, pero la nulidad ataca es la validez.

De acuerdo con lo expuesto, surge la diferencia entre los tres requisitos esenciales del acto procesal, o sea, la existencia, la validez y la eficacia. La existencia tiende a que el acto se considere producido; la nulidad, a que no se encuentre afectado de vicio que la genere; y la eficacia, a que produzca las consecuencias previstas por la norma. Así, por ejemplo, la demanda debidamente elaborada y suscrita por el interesado, una vez presentada al órgano judicial, tiene existencia; además, será eficaz, si cumple con los requisitos de forma y de fondo que exige la norma procesal, por cuanto produce sus naturales efectos, que son admitirla e iniciar el proceso. En un proceso dominado por el sistema escrito, una vez elaborado el documento contentivo del fallo, este no existe sino hasta que el funcionario judicial lo firme; es válido si el proceso en el cual se dicta no está afectado de nulidad.

Las formalidades que estructuran la eficacia del acto procesal provenientes de la parte, son el interés y la legitimación.

A) El *interés* se refiere a la posición particular que cada parte asume frente al resultado o fin perseguido con el acto que realiza. Así, por ejemplo, el demandante, al formular la demanda, tiene interés en que se dicte el auto admisorio, con el cual se inicia el proceso. La parte a quien le es desfavorable la sentencia, tiene interés en interponer el recurso de apelación, a fin de obtener la revocatoria de la decisión.

B) La *legitimación* es la aptitud de la parte que la habilita para realizar el acto y esperar que se acojan sus pedimentos. Esta figura —que guarda relación con la legitimación para obrar o en la causa, como también se la denomina— puede concebirse igualmente como la *titularidad del interés*. Es ostensible para ciertos actos, como la transacción, el desistimiento, el allanamiento y, en general, los que entrañan disposición del derecho controvertido, cuando la parte está integrada por litisconsortes necesarios, pues requiere que provenga de todos ellos.

## Capítulo IV

# ACTOS DEL FUNCIONARIO JUDICIAL

### 1. Concepto

El proceso —como lo hemos expuesto— se desarrolla mediante una serie de etapas, concatenadas entre sí y dirigidas todas al resultado final, que se halla referido a la sentencia.

Cada etapa del proceso está demarcada por un acto del funcionario judicial, el cual, precisamente, es el que ordena cumplirla. Ese acto del juez que permite desarrollar el proceso y decidir sobre su objeto, o sea, las pretensiones formuladas por el demandante y la conducta que frente a ellas adopte el demandado, genéricamente recibe el nombre de *providencias*.

Por consiguiente, podemos concebir la providencia como el acto procesal del funcionario judicial en virtud del cual inicia, desarrolla y pone término al proceso.

### 2. Características

Los actos del funcionario judicial constituyen el aspecto primordial y básico del proceso, pues son prácticamente los únicos que tienen relevancia en la actividad procedimental, ya que los ejecutados por las partes la tendrán en la medida en que sean aceptados en una providencia jurisdiccional.

Por ejemplo, la demanda solo da lugar a iniciar el proceso si se profiere el auto que la admite; las pruebas solicitadas por las partes se practican si media la providencia que las decrete; el desistimiento implica la terminación anormal del proceso, siempre que sea reconocido por el juez.

Por ello puede afirmarse que los actos jurisdiccionales son requisitos indispensables para que se surta el proceso o, más concretamente, su desarrollo y terminación, y, cuando impera el sistema inquisitivo, su iniciación, aunque esta también tiene asidero en el dispositivo, pues si bien media el acto de parte para excitar a la rama judicial, su eficacia queda condicionada a la aceptación que le dé el funcionario mediante el auto admisorio.

Además, para el funcionario judicial es un deber atender las peticiones que las partes le formulen en el curso del proceso. Este deber —que se realiza precisamente mediante las providencias— es consecuencia del derecho que

reside en las partes, con base en la acción y contradicción, según se trate del demandante o el demandado, respectivamente, y está determinado por el que en tal sentido le impone el Estado al funcionario judicial en razón del vínculo que los liga.

### 3. Clasificación

Desde varios puntos de vista se clasifican los actos procesales emanados del funcionario judicial, a saber:

A) *Respecto de la persona de quien provenga la iniciativa* son de oficio o a instancia de parte.

a) Los *de oficio* son los que profiere el funcionario judicial sin que medie petición alguna. Cuando procede en esa forma es porque la misma ley lo impone. Así, por ejemplo, en materia penal de oficio se inicia la investigación cuando el funcionario conoce o se entera de la posible comisión de un ilícito. En un proceso civil propuesta, admitida y notificada la demanda al demandado y surtido el correspondiente traslado, al juez le corresponde proferir las providencias necesarias para continuar dándole trámite, como es el auto que abre a pruebas y las decreta, el que fija el término para alegar y luego la sentencia.

b) Los *de petición de parte* son los que se profieren a instancia de una de ellas. En otras palabras, son los que requieren para su pronunciamiento la solicitud de la parte interesada. En todos los procesos regidos por el sistema dispositivo el auto admisorio solo se profiere con base en la respectiva demanda. Así mismo, el desistimiento, la transacción y la perención, solo se reconocen u ordenan, según el caso, a petición de las partes.

B) *Por lo tocante a la decisión que contengan*, pueden ser de trámite o sustanciación, y decisorios.

a) Los *de sustanciación o trámite* son los que fijan las diferentes etapas por las cuales pasa el proceso hasta llegar a estado de dictar sentencia. Tienen esa calidad el que admite la demanda, el que fija el período probatorio y el que ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión, entre otros.

b) Los *de decisión* son lo que contienen un pronunciamiento de fondo, que toca directa o indirectamente con el asunto debatido o que es objeto del proceso. Por ejemplo, la sentencia, el que decide una cuestión incidental, el que se pronuncia sobre pruebas, los que aceptan la terminación anormal del proceso, como es la transacción, el desistimiento, etc.

C) *En cuanto a los efectos o consecuencias que tengan en el proceso*, pueden ser de iniciación, desarrollo y terminación.

a) Los *de iniciación* son los que le dan comienzo al proceso, como el auto admisorio de la demanda en el civil o el que dicta el juez para dar comienzo al proceso de remoción del guardador, de carácter inquisitivo.

b) Los *de desarrollo* son los que le dan curso al proceso, como es el que fija el período probatorio, el de alegar, etc.

c) Los *de terminación* son los que finalizan o le ponen término al proceso, como la sentencia y los que aceptan la transacción, el desistimiento y la conciliación.

D) *De acuerdo con la forma como adquieran existencia*, pueden ser verbales o escritos.

a) Los *verbales* son los que se profieren oralmente. Este tipo de actuación prevalece en los procesos regidos por la oralidad, pero también ocurre en los escritos y para determinadas actuaciones, como las diligencias y audiencias.

b) Los *escritos* son los que constan en un documento suscrito por el funcionario judicial que los profiere.

E) *Conforme a la calificación que les dan nuestros ordenamientos positivos*, son autos y sentencias.

a) Las *sentencias* son las que se pronuncian sobre el objeto del proceso, esto es, sobre las pretensiones formuladas por el demandante y la conducta que frente a ellas adopte el demandado.

b) Los *autos* son los pronunciamientos que versan sobre cuestiones diferentes de las que son materia de la sentencia. Los autos se dividen en de trámite o sustanciación e interlocutorios, que analizaremos posteriormente.

## 4. Estructura

De acuerdo con nuestro régimen legal, las providencias están sujetas a determinadas formalidades o requisitos establecidos por la norma, y varían según sea el sistema escrito o verbal.

A) En el *escrito* —que rige en la mayoría de los procesos de las diferentes ramas del derecho procesal— requiere que comprenda los siguientes aspectos:

a) El *encabezamiento*. Consiste en indicar la denominación del órgano judicial, el lugar o localidad donde funciona y la fecha de la providencia, en letras.

b) El *pronunciamiento*. Constituye el aspecto central de la providencia y difiere según la naturaleza de esta, pues en unas se limita a ordenar determinada actuación, mientras en otras profiere la decisión, previa las consideraciones que le sirvan de fundamento.

c) La *orden de notificar*. La providencia concluye o finaliza con la orden de notificarla y la firma del funcionario judicial.

B) En el *oral* basta el contenido o pronunciamiento, por cuanto en el acta respectiva queda la constancia de la fecha, lugar y órgano judicial que profiere

la providencia, la cual —como antes lo expresamos— la suscribe el juez, por ser este requisito esencial del acto procesal.

## 5. AUTOS DE TRÁMITE

A) *Concepto.* El auto de trámite, como se lo denomina en el campo civil, o de sustanciación, como se lo llama en el resto de las ramas del derecho procesal, le da comienzo y desarrollo al proceso, como es el que admite la demanda, fija el traslado, etc. Se excluye el que le pone término al proceso, por cuanto este requiere decisión de fondo.

B) *Estructura.* El auto de trámite o sustanciación solo requiere el encabezamiento, el pronunciamiento y la orden de notificarlo. No es necesaria parte motiva o consideraciones, porque la índole de la decisión la hace inoficiosa. Es ejemplo de este tipo de auto el que ordena abrir a prueba el proceso por determinado tiempo, aspecto al cual se limita el pronunciamiento.

## 6. AUTO INTERLOCUTORIO

A) *Concepto.* La norma no define el auto interlocutorio, pero podemos concebirlo como el que contiene una decisión de fondo, sin considerar el objeto del proceso, esto es, la pretensión del demandante o la conducta que frente a ella adopte el demandado.

B) *Características.* La principal característica del auto interlocutorio consiste en que ocupa un lugar intermedio entre el de trámite o sustanciación y la sentencia, ya que no se concreta a fijar una etapa o actuación, como ocurre con el primero, y tampoco a una decisión definitiva, distintivo de la segunda, sino que en él se resalta un pronunciamiento sobre cuestiones de fondo, pero accesorias en relación con el objeto del proceso. No quiere esto decir que en algunas ocasiones contenga una orden, o esto constituya el aspecto esencial, como acontece con el que decreta pruebas, o que en otras determine la finalización del proceso, como es el que acepta la transacción celebrada entre las partes.

C) *Estructura.* Por regla general, los autos interlocutorios tienen una parte motiva y otra resolutiva, destinada la primera a las consideraciones y la segunda a la decisión.

a) La *parte motiva* no está sujeta a formalidad alguna. Basta simplemente que se indiquen los argumentos o razones de índole legal o fáctico que constituyen los presupuestos de la decisión. Sin embargo, cuando el auto interlocutorio le pone fin a una actuación incidental, guarda estrecha relación con la sentencia y exige que, así sea someramente, se indique la actitud o conducta

de cada una de las partes, el análisis del acervo probatorio y las normas que regulan el asunto controvertido.

b) La *parte resolutiva* contiene el pronunciamiento o decisión y, si estos son varios, se exponen en forma separada. Debe estar en concordancia con la parte motiva. Finaliza con la orden de copiarlo en el libro respectivo que al efecto se lleva en los despachos judiciales y que se notifique a las partes.

D) *Clases*. Es bastante prolija la clasificación que puede hacerse de los autos interlocutorios. Las principales son las siguientes, de acuerdo con nuestros ordenamientos procesales.

a) *Según la incidencia que tengan en el proceso*, son temporales y definitivos.

a') Los *temporales* —que pueden llamarse también no definitivos— son los que contienen un pronunciamiento que no implica ponerle término al proceso, como es el que decreta o niega pruebas.

b') Los *definitivos* son los que determinan la finalización del proceso. Se refieren a la culminación anormal en todas sus modalidades, como el que acepta la transacción, el desistimiento, el que decreta la perención, etc.

b) *De acuerdo con la actuación en la que se profiera,* pueden ser incidentales y no incidentales.

a') Los *incidentales* son los que deciden una actuación de esta naturaleza. Tiene esa condición el que resuelve el incidente de levantamiento de medidas cautelares propuesto por un tercero en el proceso ejecutivo cuando con ellas se afectan bienes sobre los cuales tiene la posesión, el que se pronuncia sobre la liquidación de perjuicios en el supuesto que la providencia imponga la condena en abstracto, etc.

b') Los *no incidentales* son los dictados en una actuación distinta del incidente. Adopta esa calidad el que niega una prueba, el que rechaza la oposición formulada por un tercero en una diligencia, etc.

c) *En cuanto a la apelación*, pueden ser apelables y no apelables.

a') Los *apelables* son los susceptibles de este recurso.

b') Los *no apelables* son aquellos contra los cuales no procede este recurso. En el civil y conforme al Código vigente, se limitó la apelación a los que taxativamente indica la norma. En materia penal rige el mismo criterio. Por tanto, todos los restantes autos, sin perder su calidad de interlocutorios, en razón de la naturaleza del pronunciamiento, son inapelables.

E) *Efectos*. La providencia interlocutoria no ata de manera definitiva al funcionario judicial. Este aspecto no tiene reglamentación expresa en ningún ordenamiento positivo, pero en algunas ramas está implícitamente reconocido y en las otras se infiere de la naturaleza de la decisión, pues ese tipo de pro-

veído es parte integral de un todo que persigue determinado fin, referido a la sentencia como decisión definitiva y amparada por la cosa juzgada, como bien lo observó la Corte en vigencia del ordenamiento procesal civil anterior, pero que se mantiene dentro del actual[1].

Es factible, en consecuencia, que el funcionario judicial profiera una decisión equivocada en una providencia interlocutoria, que no es susceptible de ser revocada de manera directa si no media la proposición del recurso por la parte interesada, pero que no impide rectificarla o dejarla sin efecto al dictar la sentencia, máxime si contradice la decisión que se impone tomar en esta.

Puede citarse como ejemplo la sentencia que se dicta en el ejecutivo cuando el documento acompañado a la demanda no es idóneo para instaurar ese tipo de proceso y el demandado o ejecutado no invoca la excepción correspondiente, porque el juez en ella debe negar seguir adelante la ejecución por ausencia del título respectivo (C. de P. C., art. 507).

## 7. Sentencia

A) *Concepto.* El vocablo sentencia proviene del latín *sentiendo* que, etimológicamente, significa sentir, pensar, opinar, puesto que el juez emite su decisión fundado en el criterio que tiene o se forma sobre determinado aspecto.

Jurídicamente hablando la sentencia es la decisión que el funcionario judicial toma sobre el objeto del proceso, vale decir, las pretensiones formuladas por el demandante y la conducta que frente a ellas adopte el demandado.

El Código de Procedimiento Civil resalta tanto el aspecto material o de fondo, como la oportunidad en que tal clase de providencia se profiere, al decir que "son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, y las que resuelven los recursos de casación y revisión" (art. 302).

B) *Naturaleza.* Existen dos criterios en relación con la naturaleza de la sentencia, a saber:

a) *Razonamiento.* Para unos la sentencia es un razonamiento o, más concretamente, un juicio, en el cual la premisa mayor está constituida por la norma positiva, una menor, compuesta por los hechos materia del proceso, y la conclusión, resultante de las dos anteriores, representada por la decisión, que se concreta a la aplicación de la ley al caso particular materia de la controversia[2].

b) *Acto de voluntad.* Para otros la sentencia es un acto de voluntad, o sea, la manifestación que hace el funcionario judicial para resolver el asunto sometido a su decisión.

[1] Cas. civil, sent., 17 diciembre 1935, "G. J.", t. XLII, pág. 632.

[2] Cas. civil., sent., 16 noviembre 1966, "G. J.", t. CXVIII, pág. 147.

Estas dos tesis —como bien lo explica Rocco[3]— no se excluyen; por el contrario, se complementan, puesto que la sentencia incuestionablemente es un acto de voluntad del juez, pero que se realiza necesariamente mediante un silogismo o juicio, de donde emana la decisión.

C) *Características.* Las notas que distinguen la sentencia son estas:

a) *Es el acto jurisdiccional por excelencia.* Esta aseveración se funda en que el proceso, como consecuencia de toda la actuación realizada, tiene como meta u objeto la sentencia, en la cual se toma la decisión definitiva, desatando así la litis o controversia e invistiéndola de los efectos de la cosa juzgada. Todas las gestiones verificadas por las partes y el juez se dirigen a ella. Precisamente para resaltar este aspecto la ley ha establecido el empleo de una frase sacramental que precede a la parte resolutiva de la sentencia, cual es *administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.*

b) *Es una decisión definitiva.* Si la sentencia se pronuncia sobre el objeto del proceso y resuelve la controversia, esa decisión, una vez en firme o ejecutoriada, es decir, si ya se han decidido los recursos interpuestos o no se interpusieron, es de carácter irrevocable y no se puede modificar.

Como consecuencia de lo expuesto, el funcionario judicial que profiere la sentencia agota con ella la actividad decisoria fundamental del proceso y, por ende, no puede alterarla, aun cuando procede la aclaración y adición en los casos y con las formalidades previstas al efecto por la ley.

c) *Recae sobre el objeto del proceso.* La sentencia es la única providencia en la cual el funcionario judicial se pronuncia sobre las pretensiones propuestas por el demandante y la conducta que frente a ellas —sea de allanamiento u oposición, en cualquiera de sus formas— adopta el demandado.

Sin embargo, este principio ofrece algunas excepciones, esto es, que aun cuando la providencia es una sentencia no contenga un pronunciamiento o decisión que verse sobre el objeto del proceso, como acontecía en el civil antes de la reforma introducida por el decreto 2282 de 1989 con la que se dictaba en el ejecutivo en el incidente de excepciones y cuando consideraba las denominadas *previas*, que corresponde —reiteramos— a los impedimentos procesales de la doctrina. *A contrario sensu*, algunos autos, sin perder su condición de tales, se pronuncian sobre el objeto del proceso, como es el que resuelve las denominadas excepciones cuando se proponen como previas, tal el caso de la transacción, la cosa juzgada y la caducidad (C. de P. C., art. 97, num. 12, inc. 2º).

En el ejecutivo la sentencia no tiene las características enunciadas, pues en ese tipo de proceso es una actuación más de las que se impone llevar a cabo para lograr los objetivos perseguidos, cual es la satisfacción completa de la obli-

[3] Ugo Rocco, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1969, pág. 236.

gación reclamada por el acreedor ejecutante. Empero, cuando el deudor ejecutado propone excepciones de fondo, que tienden a dejar sin efecto la obligación que se cobra, como se surte una actuación de índole declarativa, con todas las etapas que ella implica, la sentencia que las decide y con la cual termina, sí presenta los distintivos mencionados.

D) *Formalidades*. Además del encabezamiento, la sentencia contiene una parte motiva y otra resolutiva.

a) La *parte motiva* exige, conforme a lo preceptuado por el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, que tiene la calidad de supletoria en los ordenamientos procesales en donde no exista norma expresa, que contenga los siguientes aspectos:

a') La *posición de las partes*. Englobamos con este calificativo la síntesis que tanto de la demanda como de su contestación efectúa el funcionario judicial. La norma expresamente utiliza el término *síntesis*, lo cual significa que no es necesario, como suelen hacer algunos despachos, reproducir la totalidad de los hechos y pretensiones y luego la respuesta, sino que basta mencionar los aspectos más relevantes o trascendentales.

b') La *motivación*. Consiste en "el examen crítico de las pruebas y los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen".

La trascripción del artículo 304 del Código de Procedimiento Civil corresponde, en términos generales, al texto original, pero con un agregado importante que le hizo el decreto 2282 de 1989, como es la exigencia de indicar los textos legales en los cuales apoya su decisión el juzgador. Esto le permite a la parte afectada sustentar el recurso que interponga para impugnar la providencia. Además, le puso término a la generalizada costumbre de referirse simplemente a la ley, pues ahora es imperioso citar los artículos que regulen el caso materia del pronunciamiento.

b) La *parte resolutiva* está precedida, como dijimos, por la fórmula sacramental, y requiere que la decisión sea expresa y clara, es decir, sin ambigüedades o incomprensiones, y, además, que los distintos aspectos que comprenda se hagan con la correspondiente separación. Finaliza con la orden de copiarla en el libro que al efecto se lleva en cada órgano judicial y que se notifique a las partes, previa consideración de lo concerniente a las costas.

E) *Diferencia con autos*. Tanto de las características expuestas, como de las formalidades que distinguen la sentencia, se infieren las distinciones que existen entre ese tipo de providencias y los autos, que se concretan, según lo expuesto por la Corte Suprema en jurisprudencia anterior a los actuales ordenamientos procesales, pero que conserva su vigor, a las siguientes[4]:

[4] Cas. civil, sent., 17 diciembre 1935, "G. J.", t. XLIII, pág. 635.

a) *Por el aspecto formal*, porque la sentencia se ajusta a lo preceptuado por el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, mientras que las otras providencias judiciales no.

b) "La sentencia solamente puede dictarse por el órgano judicial que conoce del asunto; los autos pueden serlo, aunque dentro de sus límites estrictos, por un comisionado al efecto".

c) "La sentencia pone fin a la relación jurídico procesal; vincula al juez que la dicta, es ley del proceso; por cuyo motivo no puede modificarla el mismo funcionario por medio de una nueva resolución, mientras las demás providencias son susceptibles de que las reponga el juez que las dicta".

d) "Los autos interlocutorios no ponen término a la instancia sino accidentalmente, esto es, que durante el curso del juicio [léase proceso] pueden resolver alguna cuestión vital del proceso mismo, pero el objeto de ellos, propiamente, nunca es el de decidir el fondo de la controversia".

e) "La sentencia es la que se pronuncia sobre la acción [léase pretensión] ejercitada, mientras que el objeto de las demás resoluciones versa generalmente sobre puntos litigiosos sobrevenidos en el curso del procedimiento".

f) "Las sentencias, pues, no resuelven una cuestión previa y que luego continúa sustanciándose en la instancia, sino que deciden sobre la acción [léase pretensión] ejercitada y terminan aquella, unas veces en sentido favorable a la demanda, otras desestimando la acción [pretensión]".

F) *Clasificación*. Las sentencias se clasifican desde varios puntos de vista, a saber:

a) En *cuanto a la forma*, pueden ser *escritas* u *orales*, conforme al sistema que rija el respectivo ordenamiento o el proceso en particular.

b) *Respecto a la oportunidad* en que se profieran, son de *única, primera* o *segunda instancia*, de *casación* y *revisión*.

c) *En cuanto a la decisión* que en ellas se toma, son inhibitorias y de fondo.

a') La *sentencia inhibitoria* es aquella en la cual el juez se abstiene de considerar la cuestión controvertida. Así, por ejemplo, cuando la redacción de la demanda no permite desentrañar cuál es el derecho que se está reclamando, porque, aunque esto no es causal de inadmisión, sí determina un pronunciamiento inhibitorio.

b') La *sentencia de fondo* es la que contiene una decisión que atañe al objeto del proceso, vale decir, la pretensión o la conducta adoptada por la parte demandada frente a ella.

Las de fondo, a su vez, pueden ser *estimatorias* o *desestimatorias*.

1. Las *estimatorias* son las que acogen los pedimentos o pretensiones formuladas por el demandante.

Las estimatorias, conforme a la naturaleza o índole del pronunciamiento y a la clase de pretensión invocada, son declarativas, con sus variantes de puras, constitutivas y de condena, dispositivas, ejecutivas y de liquidación.

2. Las *desestimatorias* son las que absuelven al demandado de las pretensiones propuestas en la demanda o que declaran probada alguna excepción.

G) *Número*. Por regla general, todo proceso culmina normalmente con la sentencia. Esto, jurídicamente hablando, se refiere a la decisión que se toma en dicha providencia, pues en la práctica pueden dictarse varias, como ocurre cuando se interpone apelación, casación e, inclusive, revisión, pues cada una de estas actuaciones culmina con sentencia. La decisión, entonces, se refiere a la contenida en la última que se profiere, que es la definitiva e investida de la cosa juzgada.

Frente a lo anterior, existen casos excepcionales en que en un mismo proceso se profieren varias sentencias sobre aspectos o cuestiones diferentes, por cuanto en algunos procesos se ventilan conjuntamente asuntos que requieren decisiones distintas. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso del deslinde, en donde se profiere una sentencia que aprueba la zona de la línea en la cual las partes estuvieron de acuerdo y otra para dilucidar el sector sobre el que hubo controversia (C. de P. C., art. 465).

H) *Aclaración*. La aclaración de la sentencia tiene por objeto hacer comprensibles los conceptos o frases que ofrezcan verdaderos motivos de duda y precisar, por tanto, el contenido de la decisión.

I) *Corrección de errores*. El Código de Procedimiento Civil original se refería solo a los errores aritméticos, esto es, los que se cometen con las partidas que integran una operación o en el resultado de esta, pero la reforma introducida por el decreto 2282 de 1989, con buen sentido, la extendió a los que se cometan por omisión, cambio o alteración de palabras, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o influyan en ella. Se subsanó así el caso, frecuente por cierto, de cambiar el nombre de una de las partes o de omitirlo, como acontece cuando es compuesto, o que se troquen o inviertan los apellidos, etc., situación que antes de la reforma hacía nugatoria la decisión.

J) *Adición*. La adición consiste en complementar la sentencia cuando en su parte resolutiva se guarda silencio acerca de puntos o aspectos que son materia de la controversia, o que, si bien son ajenos a esta, constituyen objeto de pronunciamiento expreso. Acontece, por ejemplo, cuando solo se consideran algunas pretensiones o hay demanda de reconvención y no se pronuncia sobre esta o la principal.

K) *Irregularidades en la adopción*. Se puede denominar irregularidades en la adopción la omisión de ciertos requisitos exigidos por la ley para que la sentencia se considere debidamente producida.

Dos son las clases de irregularidades que contempla la norma, a saber:

a) De *fondo o propiamente dicha*, por implicar la inexistencia de la providencia, que se presenta cuando es proferida por un órgano judicial colegiado y la decisión la toman varios funcionarios, pero en número inferior de los que corresponde. Este tipo de irregularidad se ordena subsanar mediante auto que se profiere de oficio o a instancia de parte, dentro de la ejecutoria de la sentencia.

Así, por ejemplo, en el Consejo de Estado la actividad jurisdiccional se realiza por conducto de las secciones, integradas por diferente número de magistrados, y la decisión se adopta por mayoría de votos. Entonces, si la providencia la profiere solo uno o dos, cuando la sección la integran seis, se incurre en la irregularidad de adopción, que implica la inexistencia de la sentencia y, por ende, la necesidad de proferir una nueva.

b) De *forma*, porque no atañe a la decisión contenida en la sentencia, sino simplemente a los requisitos de suscripción, se presenta así mismo cuando la providencia se profiere por un órgano colegiado, pero dejan de suscribirla algunos de los funcionarios judiciales de quienes proviene.

Acontece, v. gr., en el mismo caso expuesto del Consejo de Estado cuando la sentencia, más concretamente la decisión, es tomada por los cuatro magistrados que componen la sección, pero la firman únicamente dos.

En esta modalidad, procesalmente hablando, la sentencia existe, por cuanto observa todas las exigencias legales, restando solo una simple formalidad, cuyo cumplimiento se ordena mediante auto dictado dentro de la ejecutoria de oficio por el juez o en virtud de petición formulada por cualquiera de las partes. En el supuesto que el expediente se remite al inferior, dicha irregularidad queda subsanada, si la sentencia está firmada por la mayoría de los funcionarios que la aprobaron. Supuesto contrario, es decir, si no tiene la firma de la mayoría, se envía el expediente o las copias, según el caso, a la sala que la profirió para que subsane el defecto o dicte una nueva providencia.

L) *Congruencia*. Al tratar de los principios del procedimiento mencionamos este aspecto, que se refiere a la concordancia que media entre los pedimentos formulados en la demanda y la decisión tomada en la sentencia.

A lo anterior agregamos que la congruencia también se extiende a las excepciones, cuando estas requieren pronunciamiento expreso en la sentencia, como acontece con la nulidad absoluta y la simulación en el campo civil, pues, al no mediar esa exigencia, se entienden desechadas o desestimadas por el hecho de acoger las pretensiones.

La congruencia puede violarse como consecuencia de tres aspectos: la ultrapetita, la extrapetita y la minuspetita.

a) La *ultrapetita* se presenta cuando el juez reconoce mayor derecho que el reclamado por el demandante. El funcionario judicial se limita a considerar las pretensiones formuladas, pero se excede en el derecho que ellas contienen. Ocurre, por ejemplo, cuando el demandante solicita por concepto de perjuicios la cantidad de quinientos mil pesos y en la sentencia se le reconoce un

millón. Puede que esta cantidad sea la que aparezca probada en el proceso por tal concepto, pero el pedimento es el que traza su pauta. Entonces, en ese caso, significa que el demandante limitó los perjuicios a quinientos mil pesos y tácitamente renunció al excedente.

b) La *extrapetita* tiene efecto cuando el funcionario judicial reconoce un derecho que no le ha propuesto el demandante o una excepción no invocada por el demandado y para cuya viabilidad requiere esa formalidad. Sucede, v. gr., si el demandante se limita a pedir la resolución de un contrato de compraventa y el juez, además de acoger esa pretensión, condena al demandado al pago de perjuicios. Por lo tocante a la excepción, se presenta, si el juez declara probada la de prescripción en un proceso reivindicatorio, cuando el demandado no la propuso en la contestación de la demanda, que es la oportunidad fijada por la ley para que pueda considerarse ese medio de defensa, conforme a lo preceptuado por el artículo 306, inciso 1º, del Código de Procedimiento Civil.

c) La *citrapetita o minuspetita* acontece cuando el juez deja de considerar en la sentencia algunos pedimentos o pretensiones formuladas por el demandante o guarda silencio sobre excepciones que, de acuerdo con la ley, son materia de pronunciamiento expreso. Se presenta en el supuesto de que se solicite la reivindicación y la consiguiente condena al pago de los frutos y el juez solo se pronuncia sobre la primera y guarda silencio en relación con la segunda. En cuanto a las excepciones, ocurre en nuestro ordenamiento civil cuando el demandado invoca en su oportunidad la nulidad absoluta o la simulación del acto o contrato del cual se deriva la relación jurídica ventilada en el proceso y el juez nada dice al respecto en la sentencia, así reconozca las pretensiones propuestas por el demandante (C. de P. C., art. 306, inc. 3º).

La *citrapetita* no se presenta si el funcionario judicial le reconoce al demandante menor derecho que el reclamado por este, siempre que la decisión se ajuste a las pruebas practicadas en el proceso. La razón estriba en que la decisión que le corresponde tomar al juez se basa en lo pedido y aprobado, ya que la procedencia de aquel depende de esto último. Por tanto, lo que exige la congruencia es que el juez considere todos los puntos solicitados por el demandante, sea para acogerlos o negarlos. Así, pues, no hay incongruencia por citrapetita si el demandante pide por concepto de perjuicios la cantidad de un millón de pesos y el juez solo le reconoce quinientos mil, por ser esta la cantidad que por tal concepto aparece probada en el proceso.

Cuando el funcionario judicial incurre en incongruencia al proferir la sentencia, en cualquiera de sus formas, la parte afectada con ella puede obtener que se subsane mediante el recurso de apelación y, en los procesos en que es viable, por el de casación.

La congruencia, según lo hemos expuesto, tiene aplicación en las sentencias, pero también se hace extensible a las decisiones contenidas en los autos interlocutorios, particularmente los que le ponen término a las actuaciones incidentales.

## Capítulo V

# TEORÍA DE LA COSA JUZGADA

### 1. Concepto

Los vocablos cosa juzgada provienen del latín *res iudicata*. Significan, en su acepción corriente, lo que ha sido juzgado o resuelto. Procesalmente atañen a las consecuencias o efectos, que es donde reside su esencia, los cuales se contraen a dotar a ciertos proveídos, generalmente las sentencias, de una especial calidad que tiende a evitar que entre las mismas partes (demandante y demandado), por igual causa (hechos) y sobre idéntico objeto (pretensión) se instaure un segundo proceso.

### 2. Fundamento

Es unánime el criterio doctrinal en radicar el fundamento de la cosa juzgada en la necesidad de darle a la decisión proferida sobre la cuestión principal ventilada en un proceso la calidad de definitiva y evitar así que vuelva a plantearse en otro, lo que haría interminable la controversia.

Son, pues, razones de seguridad social y jurídica las que determinan la adopción de la cosa juzgada, reconocida en todos los ordenamientos procesales, aunque, desde luego, tiene sus excepciones, que se basan en la naturaleza de la decisión e, incluso, la hacen extensiva a ciertas providencias interlocutorias.

### 3. Naturaleza

Varios criterios se han expuesto para explicar la naturaleza jurídica de la cosa juzgada. Todas las tendencias pueden agruparse en cuatro, a saber: la de presunción de verdad, la de ficción legal, la contractualista y la moderna, en sus dos variantes: la materialista y la procesalista.

A) La *teoría de la presunción de verdad* —sustentada por Pothier— se funda en que la decisión contenida en la providencia amparada de los efectos de cosa juzgada está revestida de una presunción *iuris et de iure* o de derecho, en el sentido de que el pronunciamiento constituye una verdad legal.

Esta concepción parte de una premisa o supuesto equivocado, por cuanto implicaría que el juez hiciera una apreciación correcta de la prueba y aplicara correctamente las disposiciones legales, lo que no siempre acontece. Es factible que las pruebas no establezcan la realidad de los hechos o que, a pesar de hacerlo, las normas que se hagan actuar no sean las indicadas. Entonces, la decisión en tales supuestos no corresponde a la llamada verdad legal.

B) La *teoría de la ficción legal* —expuesta por SAVIGNY— parte de similars supuestos, en cuanto a considerar que la decisión amparada por la cosa juzgada contiene una verdad, pero ya no como presunción, sino a manera de simple ficción.

Las críticas que se le hacen se fundan en los mismos supuestos de la anterior, aunque cabría reconocer su mayor objetividad, por no desechar el error judicial en que puede incurrirse.

C) La *teoría contractualista*, que se originó en el derecho romano, considera que los efectos de la cosa juzgada se producen en virtud del contrato existente entre las dos partes para someter al juez la decisión de la controversia que existe entre ellas.

Esta teoría es consecuencia del criterio que al respecto se sentó en relación con el proceso y, por ello, se le hacen los mismos reparos, es decir, que el demandado se vincula a la actividad jurisdiccional contra su voluntad y por el solo hecho de que se le indique como tal en la demanda, descartándose, por consiguiente, cualesquier acuerdo entre las partes en tal sentido.

D) Las *teorías modernas*, con representantes en las escuelas italiana y alemana, ofrecen —como dijimos— dos tendencias: la materialista y la procesalista.

a) La *materialista* considera que la cosa juzgada solo surte efectos en el ámbito del derecho material o sustancial o de la relación debatida en el proceso. Ha sido sustentada, entre otros, por WACH, KÖHLER y PANGENSTECHER.

b) La *procesalista* afirma que las consecuencias de la cosa juzgada se limitan al campo procesal, para dar certeza a la decisión y evitar otro pronunciamiento posterior. Sus propugnadores son HELLWIG, STEIN, GOLDSCHMIDT y ROSENBERG.

Creemos que la solución no está en ninguna de esas dos tendencias, aisladamente consideradas, sino, precisamente, en la reunión de ellas, porque la cosa juzgada encuentra su fundamento en la ley que la ha consagrado y se manifiesta en el ejercicio de la función jurisdiccional que se realiza de manera especial en la sentencia, como lo proponen ROCCO y CARNELUTTI, produciendo unas consecuencias que, si bien se manifiestan con particular relevancia en el ámbito procesal, caracterizadas por la calidad de inmutable de la decisión, que impide volver a considerarla, también se extienden al campo material, puesto que

constituyen fuente de relaciones jurídicas, ya sean derechos y obligaciones, dotadas de definitividad.

De ahí que —como lo sostiene la Corte— se le atribuya "a la cosa juzgada dos funciones, que si bien se hallan íntimamente relacionadas entre sí, son, sin embargo, diferentes: positiva la una, negativa la otra. Por la primera se vincula o se constriñe al juez a reconocer y acatar el juzgamiento anterior, por la segunda se pretende excluir no solo una decisión contraria, sino simplemente toda nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado, meta que el demandado en el segundo proceso alcanza con *la exceptio rei iudicate*"[1].

## 4. Elementos

Se denominan elementos los aspectos sobre los cuales se estructura y produce sus efectos la cosa juzgada, en el sentido de no poder tramitar y decidir un segundo proceso entre las mismas partes, por igual objeto e idéntica causa.

Los elementos son el subjetivo y el objetivo.

A) El *elemento subjetivo* comprende a las partes entre quienes se surtió el proceso, esto es, el demandante y el demandado, e incluye a los causahabientes de ellas, sea a título singular, como ocurre con el comprador, o universal, como son los herederos.

B) El *elemento objetivo* contempla el *petitum* o pretensión —denominado objeto— y a los hechos que la sustentan o en que se apoya —llamado causa—.

En consecuencia, solo cuando esos elementos en su totalidad se vuelven a presentar en un segundo proceso obra la cosa juzgada. Entonces, si las partes y los hechos son los mismos, pero varía la pretensión, no hay lugar a que se desconozca la cosa juzgada, como sucede cuando en relación con un mismo bien se demanda el posesorio y luego el reivindicatorio. Tampoco si las partes y la pretensión son iguales, pero varían los hechos, como cuando en los dos procesos se solicita la reivindicación, pero sobre bienes diferentes. Se excluye también si, a lo menos, una de las partes es diferente, aunque los hechos y la pretensión conserven su identidad, como acontece cuando el mismo demandante reclama la reivindicación del mismo bien, pero en cada proceso con respecto a distinto demandado.

## 5. Límites

A la regla general antes expuesta se le han establecido varias excepciones, esto es, que, a pesar de la identidad de los elementos, tanto el subjetivo como el objetivo, es factible tramitar un segundo proceso.

[1] Sent., 24 abril 1984, publicada por José Fernando Ramírez, en *Código de Procedimiento Civil*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, pág. 401.

A) Los límites del *elemento objetivo o "eadem res"*, que se refiere a la decisión proferida en el primer proceso y cobija los hechos y pretensiones, son absolutos y relativos.

a) Los *absolutos* ocurren cuando la decisión no queda amparada de la cosa juzgada y, por ende, permite surtir un segundo proceso con los mismos elementos.

El absoluto obra con respecto a sentencias proferidas en los procesos de carácter contencioso cuando la decisión es inhibitoria o declara probada una excepción temporal, como es la petición antes de tiempo, que tiene aplicación en todas las ramas, excepto en la penal, donde esa clase de pronunciamiento está excluido en razón de su naturaleza, por lo cual la denominamos *general*, y las dictadas en los procesos de jurisdicción voluntaria que, por referirse solo a la de familia y en oposición a la anterior, la llamamos *especial*.

El artículo 27 de la ley 446 de 1998 consagra la jurisdicción voluntaria para ventilar el divorcio, separación de cuerpos y de bienes de común acuerdo, pero esto no significa que la decisión quede exenta de la cosa juzgada, por cuanto el inciso 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil le otorga esos efectos a las cuestiones relativas al estado civil de las personas, según las disposiciones pertinentes del Código Civil y al efecto el artículo 1º del decreto 1260 de 1970 consagra su indisponibilidad.

b) Los *relativos* se aplican cuando a la situación jurídica que surge de la decisión es dable modificarla mediante una actuación procesal complementaria o independiente, cuando aquella se produce con base en pruebas afectadas por determinados situaciones que le quitan su eficacia o porque su naturaleza implica que posteriormente se altere cualquiera de sus elementos. Se considera que esta modalidad está revestida de *cosa juzgada temporal*, y obra en los siguientes casos:

a') En el *recurso de revisión*, que tiene aplicación en todas las áreas del derecho procesal y que generalmente tiene por objeto subsanar el error cometido por el funcionario judicial cuando su decisión la basa en una prueba que es declarada falsa por la justicia penal.

b') En los casos llamados *rebus sic stantibus*, que se refieren a situaciones en que los hechos que las estructuran, por su índole particular, son susceptibles de modificación posterior a la decisión, como sucede en el proceso de alimentos, puesto que las condiciones del alimentante y alimentario pueden variar y, por tanto, dan lugar a que se modifique o extinga la pensión. Igualmente se presenta en la separación de cuerpos, pues el vínculo matrimonial subsiste y, por ende, los cónyuges pueden volver a convivir.

En estricto sentido, podríamos decir que no existe una modificación o desconocimiento de la cosa juzgada, aunque la doctrina e, incluso la ley, así lo

sostengan, porque falta uno de los elementos esenciales para configurarla, como es la identidad de hechos, que es diferente en el segundo proceso.

B) Respecto del *elemento subjetivo o "eadem conditio personarum"*, la regla general, como lo indicamos, es que la decisión cobije solo a quienes fueron partes en el proceso en el cual se profirió y se hace extensiva a sus causahabientes a título singular o universal.

Lo anotado significa que los terceros quedan excluidos de la cosa juzgada. Sin embargo, como una excepción a dicha regla, hay algunas decisiones que producen efectos contra todo el mundo, en lo que se llama *erga omnes*. Estos efectos, en unos casos, no los establece la ley, pero son consecuencia de la naturaleza de la decisión, como acontece con las relativas al estado civil de las personas, las que declaran la nulidad de un acto administrativo, etc.; en otros se encuentran expresamente consagrados en la norma positiva, como ocurre en los procesos que pueden ser propuestos a instancia de cualquier persona, llamados por ello de *acción popular*, o en los que se surte emplazamiento para citar a todos los que tengan interés en la litis, denominados *edictales*, como es la pertenencia, los bienes vacantes y mostrencos, etc.

Observamos que la norma consagra expresamente los efectos *erga omnes* en el proceso de pertenencia, según lo preceptuado por el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, que regula la que recae sobre inmuebles urbanos, extensible a las agrarios, de conformidad con el artículo 62, inciso 1º, del decreto 2303 de 1989, en las acciones populares, según lo preceptuado por el inciso 3º del artículo 332, *in fine*, y también en los restantes que anteriormente mencionamos al disponer el inciso 5º de este artículo que la cosa juzgada produce efectos en relación con las personas indeterminadas citadas mediante emplazamiento, como acontece en el proceso de bienes vacantes y mostrencos.

Con fundamento en estas excepciones la doctrina ha empleado los calificativos de *cosa juzgada material*, para referirse a la propiamente dicha, que produce todas sus consecuencias y corresponde a la absoluta, y *cosa juzgada formal*, cuando la providencia contentiva de esta causa ejecutoria, pero no impide que el proceso vuelva a plantearse entre los mismos sujetos, por idéntico motivo e igual objeto, que encuadra en la relativa.

No compartimos el anterior criterio, por cuanto la cosa juzgada, como lo observa el maestro DEVIS ECHANDÍA[2], no admite clasificación: se da, o no se da. Por eso preferimos, de acuerdo con el pensamiento de este tratadista, hablar de *excepciones absolutas*, donde la cosa juzgada no se presenta, y *excepciones relativas*, cuando la providencia se encuentra revestida de esa calidad, pero solo temporalmente.

[2] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Edic. Aguilar, 1966, págs. 571 y ss.

## 6. Providencias que cobija

La regla general es que la cosa juzgada solo ampara las sentencias, que es, como tantas veces lo hemos expuesto, la providencia jurisdiccional por excelencia, mediante la cual se decide la controversia y le pone fin al proceso. Sin embargo, hay varias excepciones, que se refieren a determinadas decisiones de carácter interlocutorio, porque ellas versan sobre la cuestión controvertida y le ponen término al proceso, como, por ejemplo, la que acepta la transacción, la conciliación y el desistimiento total de la pretensión. En el penal obra respecto de las providencias mediante las cuales se califica la etapa instructiva en los procesos regidos por la ley 600 de 2000.

La regla general en materia de autos es que causen ejecutoria, es decir, que no son susceptibles de revocación, lo cual implica que no pueda volverse sobre ellos en el decurso del proceso, pero no obligan al funcionario judicial al tomar la decisión definitiva que es objeto de la sentencia, ya que este tiene libertad para analizar la situación general y es factible encontrar que un pronunciamiento interlocutorio esté en contradicción con otros elementos de mayor convicción e, incluso, de orden legal.

## 7. Protección de la cosa juzgada

Para la efectividad de la cosa juzgada, esto es, que no se profiera nueva sentencia sobre los mismos elementos, la ley ha establecido en favor del demandado un conjunto de actos que puede ejercer en un eventual segundo proceso, a saber:

A) *Invocarla como impedimento procesal.* Aun cuando la cosa juzgada es excepción propiamente dicha, esto es, que va contra la pretensión, es factible proponerla como impedimento procesal (excepción previa, como se le denomina en nuestro ordenamiento positivo civil), el cual se ventila mediante incidente de previo y especial pronunciamiento, que se tramita con posterioridad al traslado de la demanda, con lo cual se logra una rápida decisión y sin necesidad de esperar la sentencia.

B) *Alegarla en cualquier momento del proceso e, incluso, guardar silencio sobre ella*, pues, si aparece establecida, el juez debe declararla de oficio en la sentencia. Cuando al funcionario judicial de primera instancia se le pase por alto considerarla, al de segunda le corresponde pronunciarse sobre ella.

C) *Proponerla como recurso de revisión.* Si el proceso ya culminó y el demandado no compareció personalmente, sino que estuvo representado por curador *ad litem* y este, por desconocimiento, no probó la existencia del primer proceso y, por ende, de la cosa juzgada, el interesado puede proponerla como causal del recurso de revisión.

D) *Si no es declarada*, a pesar de agotarse todos los medios antes expuestos, la sentencia que se profiera en el segundo proceso —como lo expone CHIOVENDA, en criterio que tiene plena acogida— viene a reemplazar a la primera y, por consiguiente, es en esta donde obra la cosa juzgada.

## 8. CONTENIDO

En la actualidad no hay discusión respecto a saber en cuál de las dos partes de la sentencia se encuentra la cosa juzgada. No es únicamente en la resolutiva, aunque esto es lo usual, sino también en la motiva, por cuanto ambas forman un todo y, además, pueden existir consideraciones que no son expuestas en la decisión, como suele suceder con determinadas excepciones, cuando el juez guarda silencio sobre estas por acoger la pretensión, lo cual implica que las considera no probadas.

## 9. MODIFICACIONES

Suele afirmarse que la cosa juzgada es susceptible de modificación en el supuesto de que las partes realicen acuerdos posteriores a la sentencia, que le resten efectos a la decisión amparada con ella.

Lo anterior, en estricto sentido, no es cierto, porque si las partes realizan un convenio, por ejemplo, que la beneficiada con la condena cobre una cantidad inferior, lo que existe es un pago parcial y una condonación del resto, pero la decisión ha tenido efectividad.

Es factible, así mismo, que se renuncie a los derechos reconocidos en la sentencia, cuando la índole de ellos lo permite, por ejemplo, la vocación herencial que se le otorga, supuesto en el cual la decisión no se altera, sino que es ineficaz.

Además, que es lo trascendental, la cosa juzgada en estos supuestos ha tenido pleno acatamiento, porque lo que se persigue al consagrarla, fundamentalmente —como dijimos— es evitar volver a considerar la controversia entre las mismas partes y por igual causa en un nuevo proceso.

## 10. LA COSA JUZGADA Y LA ACCIÓN DE TUTELA

Hacemos referencia a la acción de tutela, que consagró la actual Carta Política en su artículo 86, por la incidencia que ha tenido en la cosa juzgada.

En efecto, la acción de tutela se estableció como un mecanismo protector de los derechos fundamentales y se atribuyó su conocimiento a todas las autoridades judiciales, correspondiéndoles decidirla dentro de unos términos precisos, so pena de incurrir en causal de mala conducta. Contra la decisión pro-

ferida en primera instancia procede apelación ante el superior jerárquico y la Corte Constitucional tiene la facultad de revisarla.

La mencionada corporación en ejercicio de ese derecho ha considerado que es factible en un proceso adelantado y decidido por una de las ramas judiciales y, por ende, que cobije a la sentencia, se incurra en vías de hecho, que afecten derechos fundamentales, por lo cual ha declarado la invalidez de tales providencias, ocasionando disparidad de criterios con quienes las han producido, particularmente cuando provienen de los altos tribunales, como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Al respecto "la Corte Constitucional ha señalado que ciertos defectos protuberantes de una providencia implican una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial"[3]. La jurisprudencia ha sistematizado entonces esos vicios en cuatro tipos de deficiencias superlativas, a saber: 1) que la decisión impugnada se funde en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); 2) que resulte incuestionable que el juez no tiene apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que sustenta la decisión (defecto fáctico); 3) que el funcionario judicial que profirió la decisión carezca, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico), y 4) que el juez haya actuado completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental)[4].

[3] Sent., T-231 de 1994. Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes.

[4] Sent., T-008 de 1998. Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes. Sent. SU-047 de 1999. Ponentes: Dres. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

## Capítulo VI

# ACTOS DE INTRODUCCIÓN

### 1. Concepto

Se entiende por actos de introducción aquellos que son idóneos para darle comienzo o iniciación al proceso. Pueden provenir de las partes o del juez, según sea el sistema adoptado por el correspondiente ordenamiento procesal dispositivo o inquisitivo.

Los actos provenientes de las partes se designan con el nombre de *demanda* —si se refieren al proceso civil y a los otros ordenamientos que siguen sus lineamientos— y *denuncia o acusación*, según se trate de la fase instructiva o del juicio, en el penal.

Si el acto procesal emana del funcionario, se le denomina, con fundamento en la ley 600 de 2000, *auto de apertura de investigación*, calificación que reemplazó a la de auto cabeza de proceso empleado por los anteriores ordenamientos.

### 2. Demanda

A) *Concepto*. En su acepción corriente el vocablo demanda significa solicitud o petición. Se suele emplear también el término *libelo*, diminutivo de libro, porque lo que se expresa se expone en un breve escrito.

Jurídicamente la demanda se concibe como el acto mediante el cual se da comienzo al proceso. Este concepto patentiza el aspecto básico o esencial de la demanda, como acto referido al procedimiento; pero se impone resaltar otros aspectos, en relación con los cuales cumple la función de vehículo o instrumento, como lo es la pretensión —que siempre, al menos en nuestros ordenamientos positivos, la contiene— y la acción —que es la manera de realizarla o ejercerla—.

Por lo anterior, y de acuerdo con los lineamientos trazados por el maestro Devis Echandía[1], podemos definir la demanda como un acto de voluntad de parte, introductivo y de postulación, que sirve de medio para ejercer la acción y de vehículo para formular la pretensión.

[1] Hernando Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, t. i, Teoría del proceso, 2ª ed., Bogotá, ABC, 1972, pág. 340.

B) *Características.* De la definición expuesta se infieren las características que distinguen la demanda, a saber:

a) *Es un acto introductivo*, por cuanto con ella se da comienzo al proceso. La demanda, por ser acto introductorio, es, precisamente, el medio indispensable para ejercer la acción, pero no se confunde con esta. La acción —como se observó— es el derecho de poner en actividad la rama judicial para que se surta el proceso, mientras que el acto propio e idóneo para hacerlo es la demanda.

b) *Es un acto de postulación.* Postulación, en su acepción más amplia, es la facultad de pedir al funcionario judicial tutela jurídica, la cual se le formula y él se pronuncia o la considera en la sentencia, previo el correspondiente proceso, cuyo comienzo se da con la demanda, en donde se encuentra la pretensión.

c) *Es un acto declarativo*, porque consiste en una manifestación, entendida como "la exteriorización de la voluntad mediante signos del lenguaje", conforme a la terminología de GUASP[2].

d) *Es un acto de parte*, porque solo quien tiene esa calidad está legitimado para instaurar la demanda y adoptar por esa circunstancia el carácter de demandante.

C) *Requisitos.* La demanda debe cumplir con varios requisitos o presupuestos para que el juez pueda admitirla y darle curso, es decir, que sea idónea para iniciar el proceso.

Los requisitos pueden agruparse en dos: de fondo y de forma.

a) Los *de fondo* se refieren a la demanda en sí misma considerada y miran a dos elementos del proceso: el subjetivo y el objetivo.

a') Los *subjetivos* atañen a quien la formula (demandante), contra quien se dirige (el demandado) y quien la considera (el juez). Comprenden, por ende, en relación con las partes, la *capacidad jurídica* y la *capacidad para comparecer*; respecto del funcionario, la *jurisdicción* y la *competencia*.

b') Los *objetivos* recaen sobre el objeto del proceso, o sea, la pretensión, y están constituidos por la *debida acumulación* que de ella se haga, en el caso, desde luego, que se formulen o propongan varios pedimentos.

b) Los de *forma* son los requisitos de redacción a los cuales se ajusta la demanda; entre ellos sobresalen, como principales, el nombre de las partes y su domicilio, las pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho. Se incluye la presentación personal de la demanda, que se cumple de idéntica forma a como se exige para el poder o mandato judicial, aunque en nuestro concepto esta formalidad desapareció en virtud de la presunción de autenticidad que el

[2] JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, t. I, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág. 284.

actual artículo 252, inciso final, del Código de Procedimiento Civil le otorgó a todos los memoriales, pero subsiste solo para establecer la calidad de abogado cuando se actúa en esa condición.

D) *Trámite.* Dos actitudes diferentes adopta el juez frente a la demanda, a saber:

a) La *admisión* o aceptación de ella y que determina, por tanto, iniciar el proceso. Se cumple mediante el auto admisorio.

b) La *inadmisibilidad* o abstenerse de aceptarla y darle curso. Esta se verifica de acuerdo con lo que al respecto establece el correspondiente código de procedimiento. Entre nosotros, de conformidad con el procesal civil —que es supletivo para los restantes ordenamientos procesales, como lo hemos observado en reiteradas ocasiones— se cumple de dos maneras:

a') La *inadmisión, temporal,* por cuanto se contrae a disponer que el demandante subsane ciertas deficiencias dentro de un término establecido por la ley, so pena de que se le rechace. Se funda en la falta de cualquiera de los requisitos formales, pero susceptible de corregirse, como es la falta de poder, requisitos de redacción, pruebas para demostrar calidad de las partes, etc.

b') El *rechazo*, que es de índole *definitiva*, consiste en abstenerse de darle curso a la demanda, sin sujeción a condición alguna. Se impone, por ejemplo, en aquellos casos en que el funcionario a quien se dirige carece de jurisdicción (C. de P. C., art. 85).

E) *Efectos.* La demanda genera una serie de consecuencias que se manifiestan tanto en el aspecto de la relación sustancial o material existente entre las partes como de la procesal.

a) Desde el punto de vista de la *relación sustancial* controvertida entre las partes, se concretan a los siguientes:

a') *Coloca al derecho ventilado o debatido con la calidad de litigioso*, lo cual entraña que los sujetos de ese derecho queden supeditados a la decisión que al respecto se tome, la cual implica, por tanto, que sea admitida y el demandado esté vinculado.

Como secuela de este aspecto, la ley procesal civil ha establecido la inscripción de la demanda en la oficina de registro, cuando la controversia versa sobre inmuebles, para que los terceros se enteren de esa situación y, por tanto, si llegan a adquirir el bien afecto a esa medida, quedan sujetos a las resultas del proceso, lo cual implica que, si la pretensión prospera, ese acto dispositivo queda sin efecto. Esto acontece, por ejemplo, en la resolución de la compraventa, cuando quien la formula es el vendedor, por determinar ese pronunciamiento, en caso que sea acogido en la sentencia, que el bien objeto del contrato vuelva al patrimonio de este.

b') *Interrumpe la prescripción que se encuentra corriendo en favor del demandado y lo convierte en poseedor de mala fe*, con las secuelas que esta

calidad genera en el derecho civil que obra con la presentación y consiguiente admisión, pero condicionada a que se notifique al demandado dentro de cierto tiempo.

b) En la *relación jurídico procesal* produce los siguientes efectos:

a') *Determina quiénes son los sujetos del proceso*, esto es, otorga la calidad de demandante a quien propone la demanda y de demandado contra quien ella se dirige, y señala el funcionario judicial a quien le corresponde tramitar y decidir la controversia.

b') *Configura el pleito pendiente*, pues, una vez trabada la relación jurídica procesal, impide que se instaure otro proceso entre las mismas partes, por igual causa e idéntico objeto. En consecuencia, si, a pesar de existir el proceso, se propone uno segundo, en este el demandado puede invocar como impedimento procesal perentorio el pleito pendiente.

c') *Se toma como referencia para establecer la legitimación en la causa o para obrar en relación con las partes.*

d') *Le hace adquirir competencia al funcionario judicial*, ya que la presentación de la demanda —como tantas veces lo hemos expuesto— es el acto idóneo en los sistemas procesales regidos por el principio dispositivo para hacer surgir en el órgano el deber de actuar y darle comienzo al proceso.

F) *Retiro*. El retiro de la demanda es una facultad que la ley le otorga al demandante, y que puede ejercer aun después de admitida, y consiste en prescindir de darle curso, más concretamente, de notificarla al demandado, para evitar que la relación procesal quede integrada y el proceso siga su trámite normal (C. de P. C., art. 88).

Dos requisitos son esenciales para que pueda producirse el retiro: que el auto admisorio de la demanda no se haya notificado al demandado y no estén practicadas medidas cautelares.

La razón de dichos requisitos obedece a que al notificarse el auto admisorio al demandado se integra la relación jurídica procesal y con la práctica de las cautelares se afectan unos bienes y estas solo finalizan por las causales indicadas en la ley, entre las cuales no se cuenta el retiro de la demanda, por los efectos o consecuencias que desprenden de ellas, que no solo cobijan al demandado, sino a terceros. En uno u otro caso lo que se impone es el desistimiento, que entraña la consiguiente condena en costas y, como consecuencia del levantamiento de las cautelares, la de perjuicios.

Si son varios los demandados, basta que uno solo se haya notificado para que el retiro de la demanda no pueda producirse, pero es viable, aun cuando se hayan solicitado y decretado cautelares, siempre que no estén practicadas, porque solo cuando esto ocurre es que producen sus efectos.

G) *Modificación*. La modificación de la demanda es un derecho que tiene el demandante para variar algunos de los aspectos esenciales de esta. El vo-

cablo *variar* se emplea en el sentido más amplio, no solo reformar, sino también adicionar o eliminar (C. de P. C., art. 89).

Los requisitos de la modificación son de dos clases: de fondo y de forma.

a) El requisito *de fondo* se refiere a que no es viable una sustitución completa de los elementos o aspectos esenciales que integran la demanda, sino solamente modificarlos o alterarlos parcialmente, es decir, eliminar alguno o algunos o adicionar otro u otros.

En consecuencia, v. gr., puede incluirse un nuevo demandado o suprimir otro, pero no cambiar la totalidad de los originales; lo propio acontece con la pretensión, vale decir, es factible agregar otras, suprimir unas, pero no modificarlas todas; de igual forma, en cuanto a los hechos, es posible añadir, eliminar, cambiar, pero no los esenciales que estructuran los pedimentos.

Para aclarar el punto, procede modificar la demanda en que se pide resolución de la compraventa a fin de adicionar las pretensiones en cuanto a reclamar la restitución del bien e incluir como demandados a las otras personas que también lo adquirieron.

b) Los requisitos *de forma* atañen a la manera y oportunidad en que la modificación se realiza.

a') *Manera.* La ley no exige que el escrito contentivo de la modificación de la demanda se ciña a los requisitos de redacción establecidos para la original, salvo que el juez lo considere necesario y así lo disponga.

b') *Oportunidad.* Los ordenamientos procesales señalan el término en el cual se verifica la modificación de la demanda, que, generalmente, precluye con la notificación del auto que decreta las pruebas en el proceso.

La modificación de la demanda es un acto procesal independiente, al cual se le da el mismo trámite de la principal, pero los dos, desde el punto de vista del contenido, forman un todo.

### 3. Demanda de reconvención

A) *Concepto.* La reconvención —ya mencionada— se concibe como el derecho que tiene el demandado, en los procesos en que la ley lo permite, de formular su propia demanda contra el demandante. En consecuencia, las dos partes asumen recíprocamente la calidad de demandante y demandado (C. de P. C., art. 400).

Este fenómeno nace para el demandado con base en el derecho de contradicción, sin que implique acumulación de acciones, ya que él se limita a aprovechar la actuación judicial surtida en virtud de la acción del demandante. Constituye, en cambio, una típica modalidad de acumulación objetiva y sucesiva de pretensiones, emanada de quien es parte en el proceso.

B) *Requisitos.* Para la procedencia de la reconvención se requieren los siguientes presupuestos:

a) *Que la ley la haya consagrado*, puesto que solo es viable en los procesos taxativamente indicados por la norma.

b) *Que el juez que tramita el proceso sea competente* para conocer de la pretensión contenida en la demanda de reconvención, aun cuando es viable si el asunto cursa en un juzgado civil municipal proponer la reconvención formulando una pretensión de mayor valor, lo cual implica enviar la actuación al juez civil de circuito para que la considere.

c) *Que la pretensión formulada en la reconvención tenga el mismo procedimiento fijado por la ley para la demanda principal*, ya que ambas siguen un trámite común y se deciden en la misma sentencia.

d) *Que la naturaleza de la pretensión contenida en la reconvención y la formulada en la demanda principal sean de tal naturaleza que por la identidad de ciertos elementos permitan la acumulación.*

Por ejemplo, si el promitente comprador demanda a su promitente vendedor y solicita la resolución de la promesa de compraventa con fundamento en el incumplimiento de este, esa pretensión se tramita mediante el proceso ordinario, de mayor cuantía, si el valor de la operación es, digamos, de cincuenta millones de pesos. Como para este tipo de proceso la ley expresamente consagra la reconvención, el demandado puede proponerla y pedir la resolución de la promesa, también con fundamento en el incumplimiento, pero, en este supuesto, atribuido al promitente comprador, quien instauró la demanda principal. También tiene efecto en la separación de cuerpos, cuando los cónyuges la solicitan apoyados en la misma o en diferente causal, pero con fundamento en hechos atribuidos al otro.

## 4. Contestación de la demanda

A) *Concepto.* La contestación de la demanda es un acto procesal realizado por el demandado, en virtud del cual expresa la conducta que asume frente a las pretensiones propuestas por el demandante y da respuesta a los hechos que la sustentan (C. de P. C., art. 92).

En el sentido procesal del concepto, la contestación no es un acto de introducción, puesto que no da comienzo al proceso, pero sí adopta esa condición desde el punto de vista del tema u objeto de la decisión, por cuanto lo integra al fijarse o determinarse con él la conducta del demandado frente a la pretensión.

Dos actitudes específicas, como dijimos, puede adoptar el demandado al contestar la demanda: una, oponerse, en cualquiera de las formas o variantes que esta presenta, o sea, la objeción o la proposición de excepciones; la otra, allanarse.

B) *Requisitos*. La contestación de la demanda exige dos requisitos, que son:

a) *Que contenga un pronunciamiento expreso en relación con las pretensiones*, esto es, cualquiera de las actitudes que puede adoptar frente a esta.

b) *Que manifieste qué hechos admite, cuáles niega y cuáles no le constan*.

Estos pronunciamientos respecto a los hechos son importantes, no solo porque el guardar silencio sobre ellos o afirmar lo que no corresponde a la realidad implica consecuencias adversas para el demandado, por inobservar una carga, sino en razón a que delimitan la actividad probatoria en el proceso, por cuanto los que sean admitidos y susceptibles de confesión, quedan establecidos y, por ende, sustraídos de ella. *A contrario sensu*, los que afirman no constarles o son negados, para establecerlos hacen gravitar la carga de la prueba en el demandante. Así mismo, los que requieren prueba distinta de la confesión.

C) *Consecuencias omisión*. La contestación de la demanda no constituye acto procesal de forzosa realización, sino que el demandado queda en libertad de presentarlo, por cuanto es la observación de una carga. Por ello, si se abstiene de contestar la demanda o, aun cuando lo haga, no se ciñe a los requisitos exigidos por la ley, genera para el demandado determinadas consecuencias jurídicas adversas, que se traducen en las siguientes:

a) *Se considera un indicio en su contra*. La disposición habla de *indicio* (cuando de un hecho se infiere la existencia de otro), pero consideramos que realmente se presenta es una *presunción legal* (cuando la norma da por establecido un hecho de otro, que admite prueba en contrario), pues no contestar la demanda entraña una situación que se considera desfavorable para el demandado, que solo es susceptible de ser desvirtuada con las pruebas allegadas al proceso[3].

Es factible, en consecuencia, que, aun cuando el demandado no conteste la demanda, en el proceso no se demuestren los hechos fundamentos de la pretensión o aparezca establecida una excepción de las que debe reconocer oficiosamente el juez, por lo cual la sentencia será adversa al demandante.

b) *Se pierde la oportunidad de proponer pruebas*. La oportunidad de solicitar pruebas, de manera general, está referida a la demanda y su contestación, por cuanto, aunque es factible hacerlo en otras ocasiones, como acontece con la inspección judicial, esa facultad queda limitada por tener que referirse a los hechos materia de esta.

c) *Se pierde la oportunidad de invocar ciertas excepciones que solo es posible hacerlo en ese acto*, como son la compensación, prescripción y nulidad relativa (C. de P. C., art. 306, inc. 1º).

[3] GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, *Derecho probatorio*, 7ª ed., Santa Fe de Bogotá, Ed. Ciencia y Derecho, 1997, pág. 302.

d) *En algunos procesos se considera allanamiento tácito*, lo cual determina que se dicte sentencia acogiendo las pretensiones formuladas por el demandante, como ocurre en el de restitución de tenencia.

## 5. Actos de iniciacion en el proceso penal

La denuncia es el acto de iniciación y consiste en el informe que se da al funcionario acerca de la existencia de hechos que se estiman constitutivos de delito, a fin de que se abra la respectiva investigación.

Cualquiera que sea el sistema adoptado por el ordenamiento legal, esto es, inquisitivo o acusatorio, ambos requieren de la denuncia, por cuanto es el medio para que el funcionario se entere de la existencia del delito y pueda iniciar la etapa instructiva o investigativa.

Empero, la naturaleza de la denuncia en uno y otro sistema es diferente, por cuanto en el inquisitivo constituye un acto que forma parte del proceso y, concretamente, sirve para iniciarlo, mientras en el acusatorio es solo un informe, porque el proceso propiamente dicho está referido al juicio y comienza con la imputación. Esto obedece a que en el acusatorio la fase instructiva o de investigación no forma parte del proceso, como sí ocurre en el inquisitivo.

De lo expuesto se infiere que la denuncia y la imputación son actos de iniciación, pero de diferentes etapas, por cuanto aquella lo es de la instrucción y esta previa del juicio, por lo cual cada una tiene sus propios distintivos, particularmente en su contenido. En efecto, la primera se limita a informar unos hechos constitutivos de delito y a señalar o no al autor o presunto autor, sin que entrañe imputación en la acepción estricta del vocablo, mientras en la segunda esta si se formula contra una persona o personas en particular con base en las pruebas practicadas.

En nuestro medio fue tradicional el sistema inquisitivo adelantado en su totalidad, en sus dos fases, instructiva o sumarial y del juicio, por funcionario judicial. Aunque se quiso implantar el sistema acusatorio, el decreto 181 de 1981, que lo consagró, no tuvo vigencia, porque la fiscalía, a la cual le atribuyó la función acusadora, no pudo entrar a funcionar, por cuanto la reforma constitucional de 1979, que contemplaba su creación, la declaró inexequible la Corte Suprema de Justicia.

La ley 600 de 2000, al igual que el decreto 2700 de 1991, consagró un sistema híbrido o mixto, por cuanto el proceso conserva las dos fases tradicionales, de las cuales la instructiva es de carácter inquisitivo y acusatorio la del juicio. A la fiscalía le corresponde conocer la primera y cuenta para ello con las mismas atribuciones del anterior juez instructor, como es practicar pruebas, decretar medidas de aseguramiento y proferir la resolución acusatoria, pero en la segunda adopta la calidad de parte ante el funcionario judicial competente para sustentar la acusación formulada.

Bajo la ley 906 de 2004 se adoptó el sistema acusatorio, correspondiéndole a la Fiscalía General de la Nación la etapa instructiva, que inicia directamente o por la denuncia, verbal o por escrito, que le formule la persona que tenga conocimiento de un delito en cumplimiento del deber que impone el artículo 67. Adelantada la investigación y, si hay lugar a ello, se formula la correspondiente imputación y luego, sí hay lugar a ello, la acusación, con la que se da inicio al juicio.

La denuncia, por tanto, continúa teniendo vigencia como acto de iniciación y, precisamente en razón de su importancia, todos los diferentes códigos de procedimiento penal, hasta la ley 960 de 2004, la imponen como un deber a los servidores públicos y a toda persona que se entere de la existencia de hechos constitutivos de ilícito. Sin embargo, en ciertos delitos, previstos expresamente por la norma, solo está legitimada para formular la denuncia la persona afectada con el ilícito, requisito que recibe la denominación de *querella*.

## 6. Actos de iniciación del juez

Frente a la demanda y denuncia, que son actos de parte con los cuales se inicia el proceso, existen los que el juez profiere de oficio y con esta misma finalidad en los casos u ordenamientos legales que adoptan el sistema inquisitivo.

Entre nosotros es de aplicación en algunos procesos, muy limitados por cierto, del civil, como sucede con la remoción del guardador y la interdicción del demente (C. de P. C., arts. 446, inc. 1º y 659). En el penal en la ley 600 de 2000 se denomina auto de apertura de investigación y bajo la ley 906 de 2004 formulación de imputación; en cambio, en el civil no recibe denominación alguna y contiene un relato de los hechos que el juez ha tenido conocimiento y la finalidad que se propone (que viene a constituir la pretensión), del cual ordena correr traslado al demandado y, en cierto sentido, constituye reunión de la demanda y el auto admisorio.

## Capítulo VII

# ACTOS DE COMUNICACIÓN

### 1. Concepto

El término comunicación, en su acepción corriente, significa manifestar o hacer saber o enterar de algo a una persona. En sentido jurídico y procesal se concibe desde dos puntos de vista: amplio y estricto.

A) En *sentido amplio o genérico*, la comunicación es el acto mediante el cual el funcionario o las partes se dan a conocer una actuación surtida dentro de un trámite.

Decimos que trámite jurisdiccional y no proceso, por ser aquel un vocablo más amplio, que no solo cobija a este, sino también a otro tipo de actuaciones en las cuales se presenta la comunicación, como ocurre con las pruebas anticipadas o las medidas previas de reconocimiento de un documento o requerimiento al deudor para constituirlo en mora.

Son ejemplos de este tipo de actos de comunicación la totalidad de los que realizan los sujetos de la relación jurídica procesal, vale decir, juez y partes, pues tienen esa calidad la demanda, su contestación, los alegatos, la interposición de los recursos, las providencias, etc.

B) En *sentido estricto o propiamente dicho*, los actos de comunicación son aquellos en cuya virtud el funcionario jurisdiccional da a conocer una decisión u orden a las partes o a los terceros.

Al hablar de terceros extraños se comprende tanto a los que tienen la calidad de simples particulares —como son los testigos y para efectos de obtener su comparecencia— como a las personas vinculadas al Estado, pertenezcan o no a la rama judicial, como sucede con la comisión que se otorga para surtir una actuación procesal.

### 2. Clases

Los actos de comunicación propiamente dichos o en sentido estricto, que nos corresponde analizar, se clasifican en dos grupos, según la condición de la persona a quien van dirigidos, a saber: las notificaciones y las órdenes.

A) *Órdenes*. a) *Concepto*. La orden es un acto de comunicación por el cual el funcionario jurisdiccional le impone a un tercero, extraño a la actividad que despliega, el cumplimiento de un mandato.

b) *Características*. Dos aspectos caracterizan a la orden, a saber:

a') Está dirigida a un tercero, es decir, a una persona que no interviene en la actuación o trámite dentro del cual se expide la orden, entendido el vocablo en su más amplia acepción, o sea, que comprende tanto a funcionarios, de cualquier rama, como a particulares.

b') Contiene un mandato para la persona a quien se dirige, esto es, que realice determinada actuación.

c) *Clases*. Las órdenes adoptan las siguientes modalidades: el despacho, el oficio, el telegrama y la boleta.

a') *Despacho*. Consiste en la comunicación que un funcionario jurisdiccional da a otro, de la misma rama o de la administrativa, para que surta determinada actuación dentro del proceso que está conociendo el primero.

El despacho es el medio idóneo para conferir u otorgar la comisión y, por ende, delegar jurisdicción o competencia, según la rama a la cual pertenezca el funcionario a quien se dirige, conforme ya lo expusimos. En consecuencia, tiene la calidad de despacho la comisión que para practicar un secuestro efectúe un juez del circuito a un municipal o a un inspector de policía.

El despacho recibe la denominación de *exhorto* cuando se dirige a un funcionario de otro país, supuesto en el cual se envía por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El despacho es un escrito que indica el número de orden que le corresponde, la denominación del órgano que lo libra, el funcionario a quien se dirige, la designación del proceso en que se decreta cumplir la actuación a que se contrae, la transcripción de la parte pertinente de la providencia y los insertos o datos necesarios para ilustrar sobre el contenido de la comisión, y finaliza con la firma del secretario. El decreto 2282 de 1989 suprimió la firma del juez en los actos de comunicación, excepto en materia de títulos judiciales.

La numeración de los despachos se verifica anualmente, y se hace en el momento en que se inician las labores judiciales en enero, en los órganos que tienen vacaciones colectivas.

b') *Oficio*. Es la comunicación que se da a un funcionario en general o a un particular, en virtud de la cual se le manda cumplir lo decretado en providencia proferida dentro de una actuación jurisdiccional, pero que no entraña actuación de esta naturaleza, sino que es consecuencia de ella.

Entre los oficios puede citarse el que se utiliza para comunicarle a un pagador el embargo decretado en un ejecutivo, a fin de que verifique los correspondientes descuentos, o para enviar un expediente a otro órgano para surtir un recurso, o solicitarle expida una certificación, etc.

La estructura del oficio es similar a la del despacho. Igualmente va numerado y suscrito por el secretario, pero su texto se contrae a la fecha, la persona o funcionario a quien se dirige y el informe sobre el aspecto de que se trata.

c') *Boleta.* Comunicación en virtud de la cual se le hace saber a una persona que debe presentarse en calidad de testigo a rendir declaración en el día y hora que al efecto se le indiquen.

La boleta debe contener el nombre del órgano o despacho que la expide, la fecha, el nombre y apellidos de la persona a quien va dirigida, la denominación del proceso y el día, hora y lugar en que debe presentarse. La suscribe únicamente el secretario y suele también indicar la sanción en que incurre el citado si no acata la orden.

d') *Telegrama.* Este medio de comunicación, por obra de la reforma introducida por el decreto 2282 de 1989, se ha extendido considerablemente a gran número de actuaciones, por lo rápido y eficaz. Se emplea para citar testigos, auxiliares de la justicia, etc.

B) *Notificaciones.* a) *Concepto.* El vocablo notificación proviene del latín *notis*, que deriva de *nosco*, que significa 'conocer'. Entonces, esta figura, en su acepción corriente, quiere decir dar a conocer. En sentido jurídico es un acto de comunicación en virtud del cual se les da a conocer a las partes y, excepcionalmente a terceros, la decisión tomada por el juez en una providencia.

La notificación recae sobre las providencias jurisdiccionales, así lo que se haga conocer sea una actuación de las partes, como sucede, por ejemplo, con el auto admisorio, cuyo objeto es enterar de la demanda al demandado.

Lo anterior, que constituye la regla general, tiene una excepción, esto es, cuando la notificación se emplea directamente para enterar a una parte de un acto realizado por la otra, como ocurre, según expondremos, con la que se surte mediante el traslado.

b) *Fundamento.* La notificación se funda en uno de los principios que rigen el procedimiento y es adoptado por todas las ramas en que suele dividirse, cual es el de la publicidad. Con base en este principio, las partes conocen las actuaciones de su contraria y también las del funcionario jurisdiccional, a fin de poder ejercer la contradicción, que es, igualmente, otro de los principios del procedimiento.

c) *Efectos.* La notificación tiene como efecto principal enterar a una persona de la decisión, cualquiera que esta sea; pero también produce otras consecuencias que, en especial, se concretan a las siguientes:

a') Señala el comienzo o iniciación de los términos, lo cual implica, además, determinar las diferentes etapas del proceso.

b') Es un medio idóneo para surtir otro tipo de actuaciones, como el requerimiento, el traslado, etc. Así, por ejemplo, al notificársele el auto admisorio de la demanda al demandado, allí mismo se le corre el traslado.

c') Características. La notificación se caracteriza por ser un acto procesal de comunicación y es el único que no realiza el funcionario jurisdiccional, pues quien lo lleva a cabo es el secretario.

d) *Lugar*. La notificación, en cuanto al sitio donde se lleva a cabo, puede ser normal o anormal.

a') La normal, denominada así por ser la corriente o general, es la que se lleva a cabo en el sitio donde funciona el órgano jurisdiccional, pues es allí donde se producen las providencias.

b') La anormal, llamada así por constituir la excepción, es la que se realiza fuera del despacho, como ocurre con la denominada por aviso, que se surte en el domicilio de la persona con quien debe llevarse a cabo.

e) *Clasificación*. La notificación puede revestir varias modalidades, según el punto de vista que se tome como referencia, a saber:

a') *De acuerdo con su jerarquía*, son principales y subsidiarias.

1. La *notificación principal* es a la que corresponde acudir en primer lugar.

2. La *notificación subsidiaria* es a la que se acude cuando no puede realizarse la principal.

Así, por ejemplo, las sentencias deben ser notificadas en forma personal, que es la principal, pero si esto no puede lograrse dentro de cierto tiempo, señalado perentoriamente por la ley, se notifica por edicto, que es la subsidiaria.

b') Según la manera como pueden utilizarse, son generales o especiales.

1. La *notificación general* es la que está destinada para cualquier tipo de providencia o decisión, como ocurre con la personal.

2. La *notificación especial* se refiere a ciertos proveídos en particular, como acontece con la por estado, que se utiliza para los autos únicamente, el edicto, que se limita a las sentencias, etc.

c') De conformidad como se surten y con base en nuestro ordenamiento positivo, se distinguen en personales, por aviso, por estado, por edicto, por traslado, en audiencia o estrados y por conducta concluyente.

La mayoría de los ordenamientos procesales reconocen esta clasificación, pero su estudio corresponde a estos en particular, porque algunas de las modalidades que presentan tienen su propia regulación.

## Capítulo VIII

# MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

### 1. Concepto

El vocablo impugnación proviene del latín *impugnare*, 'atacar', 'asaltar'. Referido al aspecto procesal y en su acepción más amplia son los medios de que disponen las partes para atacar las providencias judiciales.

Desde ese punto de vista comprende cualquier medio de ataque, es decir, no solo se dirige contra la decisión que pueda tomar el juez, como son los recursos, sino también la proposición de nulidades, la oposición de un tercero, etc.[1]. La doctrina reciente y nuestro ordenamiento procesal reservan el calificativo de medios de impugnación solo para los recursos.

El término recurso significa, en su acepción más amplia, retornar una cosa al lugar de donde salió. Como explica Couture[2], es regreso al punto de partida, recorrer, correr de nuevo, pues entraña que el mismo funcionario que tomó la decisión u otro distinto vuelva a considerarla.

El recurso, en sentido estricto, se concibe como el medio de impugnación que tienen las partes para obtener que se rectifique, mediante revocación o modificación, los errores cometidos por los funcionarios al tomar cualquier decisión, ya sea que se produzcan como consecuencia de la aplicación equivocada de la norma sustancial o material, o bien por inobservancia de las formas procesales. En síntesis, podríamos afirmar que los recursos atacan la eficacia de las providencias jurisdiccionales.

En el recurso existen dos decisiones en la misma providencia. La *iudicium rescindens*, o revocatoria de la decisión recurrida, y la *iuducium rescinssorium*, que es la decisión de reemplazo. En otros términos, el juez revoca o deja sin efecto una decisión, para tomar la correcta o ajustada a la norma.

### 2. Requisitos para recurrir

Los requisitos establecidos por la ley para poder interponer los recursos en general se contraen a los siguientes:

[1] Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, t. iii, Buenos Aires, *op. cit.*, págs. 604 y ss.

[2] Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1958, pág. 340.

A) *Ser parte.* Solamente quienes tienen la condición de partes, sea porque originariamente intervinieron en el proceso, como acontece con el demandante y el demandado, incluidos quienes fueron citados oficiosamente por el juez en el auto admisorio de la demanda, o porque en el curso del proceso comparecen y son admitidos, están habilitados para interponer recursos.

Tienen la calidad de intervinientes quienes actúan en determinado trámite, como cuando formulan oposición al secuestro, circunstancia que los convierte en partes y, por tanto, los habilita para interponer recursos.

Este requisito obedece a que las providencias dictadas en el proceso solo cobijan a quienes son partes y, por ende, a ellas exclusivamente les corresponde reclamar contra la decisión tomada.

B) *Plazo.* La ley, como consecuencia del principio de la preclusión, ha señalado el término dentro del cual se interponen los recursos. Este término, en general, es de tres días para toda clase de recursos; sin embargo, es más amplio en los extraordinarios, particularmente en el de revisión, en el cual, como excepción, alcanza los dos años.

C) *Interés.* Se refiere a que la decisión tomada en la providencia afecte el derecho que una de las partes hace valer en el proceso. Solo la parte que recibe un perjuicio con la decisión, cualquiera que él sea, es la única legitimada para recurrir, a fin de obtener, por ese medio, que se subsane.

El perjuicio se presenta, como observa IBÁÑEZ FROCHAM[3], cuando se rechaza una pretensión concreta invocada en su oportunidad por una parte, que lesiona una cuestión de hecho o jurídica, ambas de carácter material, o simplemente en el campo moral. El perjuicio se presenta cuando la sentencia niega las pretensiones de la demanda, total o parcialmente. Así mismo, cuando no prospera un incidente, por ejemplo, el levantamiento del secuestro.

D) *Sustentación.* La sustentación consiste en que el recurrente le exponga al funcionario las razones que lo determinan a interponer el recurso o el fin que con él persigue.

La fundamentación es regla general, es decir, se exige para la mayoría de los recursos. La apelación era el único recurso que no la requería, porque bastaba interponerlo para que se concediera, siguiera su normal desarrollo y se produjera la respectiva decisión, aunque se disponía de un término o etapa con tal fin, por la necesidad de exponerle al juez de segunda instancia los argumentos o fines que con él se pretendían.

La ley 2ª de 1984, artículo 57, exigió en todas las ramas del derecho procesal sustentar la apelación como requisito esencial para concederla. Sin embargo, en el civil no tuvo vigencia, por cuanto —como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia— el decreto 2282 de 1989, que es posterior y modificó el Código

[3] MANUEL M. IBÁÑEZ FROCHAM, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, 4ª ed., Buenos Aires, Edit. La Ley, 1969, pág. 47.

de Procedimiento Civil, nada dijo al respecto[4]. Empero, la ley 704 de 2003 modificó el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil agregándole el parágrafo 1º, según el cual es requisito indispensable para la procedencia de la apelación sustentarla, so pena de que se declare desierto.

### 3. Fundamento

El fundamento de los recursos, considerados como medio de impugnación, de acuerdo con el criterio de Mortara, se encuentra en la aspiración de obtener una función idealmente perfecta. Esta aseveración se explica porque la jurisdicción está a cargo de hombres que, como tales, son falibles, y, por tanto, susceptibles de equivocarse. A propósito Caravantes, al comentar la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, expresó: "el legislador no podía obligarse a dar a los subordinados jueces infalibles, puesto que tenía que elegirlos entre los hombres".

Los recursos, de consiguiente, tienden a subsanar esas equivocaciones y, para lograrlo, la ley, por regla general, atribuye su decisión a funcionarios de jerarquía superior, quienes por sus conocimientos y experiencia están en condiciones de garantizar, hasta donde sea posible, una mejor justicia.

### 4. Fines

Según se afirma en la doctrina procesal, los recursos en general tienen un doble fin: primordial y secundario.

A) El *fin primordial* consiste en obtener una buena justicia y, para ello, es necesario enmendar los errores cometidos por el funcionario al proferir sus decisiones.

Los errores en que puede incurrir el juez son de dos clases: *in iudicando* e *in procedendo.*

a) El *error in iudicando* se presenta cuando una norma de carácter sustancial o material deja de aplicarse, se aplica indebidamente o se interpreta en forma errónea, sea o no consecuencia de la valoración del material probatorio. Este error, por tanto, atañe al fondo de la decisión o al derecho que es objeto de la controversia.

Ocurre, v. gr., cuando se niega la reivindicación solicitada por considerar que falta uno de los requisitos para su procedencia, como es el título para establecer el dominio, a pesar de haberse allegado al proceso en debida forma; llamar a juicio a una persona, cualquiera que sea el delito que se le atribuya, cuando no aparece probado la existencia del mismo, requisito esencial para pro-

[4] Sent., 17 septiembre 1992, exp. 296, publicada en la Revista *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXI, núm. 251, Santa Fe de Bogotá, Legis, págs. 1021 y 1022.

ferir esa decisión; condenar a un patrono a pagar salarios y prestaciones, cuando no existe contrato de trabajo, etc.

b) El *error in procedendo* surge como consecuencia de la inobservancia de los trámites o actuaciones que implica el normal desarrollo del proceso.

Se presenta, por ejemplo, cuando en un proceso el demandado, durante el término de traslado de la demanda, propone lo que la doctrina ha dado en llamar impedimentos procesales y el juez hace caso omiso de estos y ordena abrir el asunto a prueba. El recurso, entonces, tiende a que se revoque esa decisión para que, en su lugar, se les dé el trámite que corresponde a los impedimentos y, una vez decididos, si no prosperan, o subsanados los defectos que implican cuando son acogidos, continuar con el curso normal del proceso, decretando el período probatorio, que es la actuación a surtir a continuación.

Algunos discuten que no hay diferencia entre estas dos clases de errores. La mayoría se manifiesta abiertamente partidaria de ella, lo cual es lógico, pues es posible, como se infiere de los ejemplos mencionados, que exista error en una decisión, aunque se observen las formas procesales; y, viceversa, ser correcto el pronunciamiento y omitirse las ritualidades propias del proceso.

Los errores *in procedendo* afectan en muchas ocasiones, quizá la mayoría, la validez del acto, por lo cual no solo pueden subsanarse mediante los correspondientes recursos, sino con la declaratoria de nulidad. Así, por ejemplo, si una vez vencido el término de traslado y correspondiendo surtir a continuación el período probatorio, el juez lo omite y decreta el de alegar, cualquiera de las partes está facultada para interponer recurso con objeto que esta decisión se revoque; pero también es posible que, si dicha oportunidad precluyó, a propuesta de ellas, el juez declare la nulidad de la providencia, para ordenar, en uno u otro caso, la etapa probatoria.

B) El *fin secundario* es el de subsanar el perjuicio causado a la parte afectada con la decisión, que es el móvil que determina a esta a interponerlo.

## 5. Clasificación

De diferente manera suelen clasificarse los recursos, según el aspecto que se tome como referencia.

A) *Según el orden en que se consideren* son principales y subsidiarios.

a) *Principal* es el que se interpone para ser considerado en primer lugar.

b) *Subsidiario* es el que interpone para que se considere solo en el evento que no prospere el principal. Entre nosotros con respecto a determinados autos, es procedente interponer el recurso de reposición como principal y, en subsidio, esto es, en caso que no prospere, el de apelación.

B) *De acuerdo con el objeto perseguido*, el recurso es para revocar o modificar la decisión.

a) *Revocar* es dejar sin efecto la decisión recurrida. Se presenta, por ejemplo, cuando el juez dicta sentencia mediante la cual decreta la reivindicación y la parte afectada pretende que se deje sin efectos por ausencia de uno o algunos de los presupuestos que la configuran.

b) *Modificar*, cuando solo se dirige a variar o cambiar la decisión, como ocurre cuando se interpone para que el juez corrija el término que fijó para una determinada actuación.

Como lo usual en una providencia es que contenga varios pronunciamientos y la clasificación que consideramos se refiere a cada uno de ellos, es factible que el recurso se interponga para revocar algunos, modificar otros y no impugnar los restantes.

C) *Según su naturaleza*. Ha sido tradicional, tanto en la legislación como en la doctrina, distinguir dos clases de recursos: ordinarios y extraordinarios.

a) Los *ordinarios* son los que se proponen en el curso de las dos instancias, contra todo tipo de decisión y a fin de subsanar errores *in iudicando* o *in procedendo*, cualquiera que sea la causa que los determine.

De acuerdo con nuestro ordenamiento positivo los recursos ordinarios son el de reposición, apelación, hecho o queja y súplica.

b) Los *extraordinarios* solo proceden contra determinadas sentencias y con base en las causales taxativamente establecidas en la ley.

Según nuestras leyes procesales, los recursos extraordinarios son el de casación y revisión.

De lo expuesto se coligen las diferencias esenciales que existen entre estas dos clases de recursos, a saber:

1. El recurso ordinario solo se procede contra autos y sentencias, mientras que el extraordinario solo es viable contra estas últimas.

2. El recurso ordinario puede interponerse en el desarrollo del proceso, es decir, en la primera y segunda instancias, al paso que el extraordinario solo procede contra la sentencia que lo finaliza.

3. Los recursos ordinarios tienden a subsanar cualesquier tipo de error *in iudicando* o *in procedendo*, mientras que el extraordinario funda en los que consagran las causales que taxativamente enuncia la ley.

## 6. La consulta

A) *Concepto*. La consulta se considera como un grado de jurisdicción, aunque, propiamente, es de competencia. Se incluye dentro de los medios de impugnación, aunque no tiene la calidad de tal, pero, por la similitud que guarda con la apelación, porque implica que un funcionario superior conozca la decisión del inferior para verificar su legalidad y seguir al efecto el trámite previsto para ese recurso.

Podemos definirla como un grado de competencia, sustituto de la apelación, establecido por la ley contra las sentencia de primera instancia desfavorables a determinadas personas

B) *Requisitos.* De lo expuesto se infieren los requisitos para la procedencia de la consulta, a saber:

a) Que esté expresamente consagrada en la norma.

b) Que la sentencia sea de primera instancia, es decir, admita el recurso de apelación.

c) Que la sentencia sea desfavorable a la parte en cuyo favor se consagra la consulta, como sucede en el campo civil cuando es parte la Nación, los departamentos, los distritos especiales y los municipios (C. de P. C., art. 386).

d) Que la parte en cuyo favor se consagra no haya interpuesto el recurso de apelación.

C) *Criterios.* Con este calificativo designamos la manera como el juez que conoce de la consulta debe resolverla. Al efecto se distinguen dos opuestos, que calificamos con los mismos que distinguen a la apelación, por la similitud que tiene con esta en ese aspecto, a saber: *el libre y el de la reformatio in peius.*

a) En la *reformatio in pejus* el juez al tomar su decisión no puede hacer más gravosa la situación jurídica de la parte en cuyo favor se surte la condena. Por consiguiente, aun cuando observe que el inferior no reconoció todos los aspectos adversos a esa parte, solo puede limitarse a confirmar lo resuelto por el inferior.

b) En la libre el juez tiene plena autonomía para adoptar la decisión que corresponda acorde con la ley y, por ende, sin límite alguno, subsanar la equivocación en que haya incurrido el juez de primera instancia, aún haciendo más gravosa la situación de la parte favorecida con la consulta.

## 7. Apelación

A) *Concepto.* El recurso de apelación —desarrollo del principio de las dos instancias— se interpone ante el mismo funcionario que profiere la decisión y se tramita y decide por su superior jerárquico, con el fin de obtener que la revoque, modifique o adicione. La apelación —como lo anota Guasp— es un recurso que se lleva al superior inmediato jerárquico o una alzada a mayor juez. Por tal razón suele utilizarse también el término de *alzada* para distinguir esta clase de impugnación.

Al funcionario de primera instancia suele denominársele *a quo*, que significa "del cual", por provenir de él la decisión objeto de la apelación. Al de

segunda instancia se le llama *ad quem*, que quiere decir "ante el cual", por ser el encargado de tramitar y decidir ese recurso.

La apelación procede contra las sentencias de primera instancia y los autos interlocutorios, aunque en relación con estos la mayoría de los ordenamientos procesales, como el civil, los limita a los que taxativamente indica la norma.

La competencia que adquiere el superior en virtud de la apelación es diferente, según se trate de autos o de sentencias. En efecto, en lo tocante con los autos, solo puede considerar la decisión recurrida y las demás circunstancias que sirvieron de antecedente para tomarla, mientras que si se trata de sentencias tiene plena autonomía para analizar la totalidad de la actuación surtida en el proceso.

Lo anterior obedece —como lo expusimos al tratar el principio de las dos instancias— a que tiene esta calidad la que se surte como consecuencia de la apelación interpuesta contra la sentencia, por facultar al *ad quem* para revisar en forma plena la actuación y desatar el recurso de la manera que corresponda, sea revocando, modificando o confirmando.

B) *Principios*. Existen dos principios acerca del modo como el superior jerárquico procede a decidir el recurso de apelación, que son el de la *reformatio in peius* (reforma del perjuicio) y el de la libre apelación.

a) La *reformatio in peius* consiste en que al funcionario de segunda instancia le está vedado hacer más gravosa la situación jurídica de la parte que recurre. En otros términos, el *ad quem* solo entra a considerar las decisiones desfavorables a la parte que interpuso la apelación, dejando intocables las que la benefician o favorecen.

Así, por ejemplo, si el demandante en el proceso reclama la resolución de un contrato, la entrega del bien y la condena al pago de los frutos y los perjuicios, pero el juez en la sentencia le niega los dos últimos, la apelación que esa parte interponga se entiende que es solo sobre estos aspectos que le fueron adversos, pero sin que sea posible tocar o considerar los acogidos.

Esto no siempre es viable, porque algunas veces la índole de la decisión lo hace imposible, como sucede cuando la parte favorable al recurrente tiene íntima relación con la que le es desfavorable y, por ende, no puede modificarse o revocarse esta sin afectar aquella. Tampoco obra cuando las dos partes interponen el recurso de apelación, por tener el juez plena autonomía para pronunciarse sobre todos los puntos, puesto que lo desfavorable para una es favorable para la otra.

En el mismo ejemplo anterior, puede suceder que el demandante pida la resolución del contrato y condenar al demandado a devolver el bien y a pagar los perjuicios y los frutos producidos, mas el juez en la sentencia solo le reconoce los dos primeros y, por tanto, se interpone la apelación para que el superior acoja los restantes. En tal supuesto, el *ad quem* se limita a considerar y

pronunciarse sobre los puntos desfavorables, para revocar la decisión y acogerlos o, confirmarla, según el caso; pero tiene que hacer más gravosa la situación del recurrente, por cuanto como la resolución implica que las cosas vuelvan al estado que tenían anteriormente, se impone, además, la condena a este al pago o devolución del dinero recibido por concepto del contrato junto con los respectivos intereses, así el demandado no haya apelado.

Este sistema es el adoptado por todas nuestras ramas procesales, por imperar en el civil y los que siguen sus orientaciones. En el penal no tenía aplicación, pero es forzoso observarlo, por haberse elevado a precepto constitucional de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31, inciso 2º, al de la ley 600 de 2000, reiterado por el 20 de la ley 906 de 2004, es decir que "el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

b) La *apelación libre* permite que el superior pueda considerar en forma amplia la decisión del inferior y modificar o hacer más gravosa la situación jurídica del recurrente, si encuentra que, de acuerdo con la ley, ese es el pronunciamiento o decisión que corresponde tomar.

Veamos un ejemplo del campo penal. Si la sentencia condena al procesado por determinado delito a una pena privativa de la libertad de cinco años y este interpone el recurso de apelación, en un sistema regido por la apelación libre el superior puede aumentar la sanción, si considera que esa mayor pena corresponde de acuerdo con lo previsto por la ley. En el sistema de la *reformatio in peius*, ante los mismos supuestos para aumentar la pena, tendría que limitarse a confirmar la decisión y dejar la misma sanción fijada por el inferior.

C) *Número de apelantes.* Hemos escogido esa denominación para referirnos al fenómeno que se presenta sobre el número de partes que interponen el recurso, el cual, si bien no es exclusivo de la apelación, sino que también ocurre en los restantes recursos, sí ofrece en ella modalidades especiales, expresamente contempladas en la norma, que, además, determinan la aplicación del sistema antes expuesto. Suelen distinguirse tres: la simple, la conjunta y la adhesiva.

a) La *apelación es simple* si solo una de las partes interpone el recurso. Implica que la contraparte guarde silencio o acepte expresamente la decisión, porque le es totalmente favorable. Así, por ejemplo, la sentencia que acoja la totalidad de las pretensiones, solo puede ser apelada por el demandado. Por regla general, en esta modalidad actúa el sistema de la *reformatio in peius.*

b) La *apelación es conjunta* cuando la decisión es adversa a las dos partes y ambas interponen el recurso. Lo usual es que cada una, en las oportunidades que tienen para ello, esto es, en el acto de la notificación personal o por escrito dentro de la ejecutoria, interponga la apelación, pero nada impide, pues la ley no lo prohíbe, que lo hagan en un mismo escrito.

Sucede, v. gr., en la reivindicación y cuando el juez decreta la entrega el bien, pero se abstiene de acoger la condena en frutos. La decisión es adversa

al demandante, puesto que se le negó este último pedimento, y también para el demandado, por decretarse la entrega del bien.

Esta variante entraña que se aplique el sistema de la libre apelación, por cuanto el superior tiene plena autonomía para decidir sobre el pronunciamiento del inferior.

c) La *apelación adhesiva* se presenta cuando una sola parte interpone la apelación, pero la contraria, a quien también le es adversa la decisión, al menos parcialmente, se adhiere al recurso.

Esta figura se asemeja a la anterior, en cuanto a que las dos partes son recurrentes, pero difieren respecto de la forma y oportunidad de interponer la apelación, porque en la conjunta ambas la proponen independientemente dentro de la ejecutoria de la providencia o en el acto de la notificación personal, mientras que en la adhesiva una recurre primero de manera directa y la otra posteriormente, incluso en el transcurso de la segunda instancia, adhiriéndose.

Al igual que en la conjunta y por las mismas razones, se aplica el sistema de la libre apelación.

D) *Efectos*. Se entiende por efectos las consecuencias que, en cuanto a la competencia del inferior y el cumplimiento de la decisión objeto del recurso, se derivan de la concesión de la apelación y mientras esta se tramita.

La doctrina admite tres efectos: el suspensivo, el devolutivo y el diferido. Los dos primeros pueden considerarse como opuestos y el tercero como intermedio o mixto, por participar de las características de los otros.

a) El *efecto suspensivo* implica que la competencia del inferior o *a quo* se suspenda para conocer del proceso desde cuando queda ejecutoriada o en firme la providencia que concede la apelación hasta que el expediente le es devuelto y ordena obedecer lo resuelto o decidido por el superior. En el término comprendido entre esas dos oportunidades o actuaciones, el juez de primera instancia pierde la competencia, pero la conserva en algunos procesos, limitados por cierto, únicamente para practicar determinadas cautelas.

b) En el *efecto devolutivo* el funcionario de primera instancia no pierde la competencia, pues continúa dándole trámite al proceso y cumple lo decidido en la providencia recurrida. La apelación en esta modalidad se surte sobre copias que se compulsan con ese fin.

c) El *efecto diferido* se caracteriza porque el juez de primera instancia conserva competencia para continuar el trámite normal del proceso, pero la pierde respecto de la decisión recurrida, por cuanto se abstiene de darle cumplimiento hasta cuando el superior le regrese la actuación.

Uno de esos efectos constituye la regla general que la norma consagra en cada una de las ramas del derecho procesal y que corresponde aplicar cuando la disposición guarda silencio. Para los restantes efectos el propio precepto expresamente los establece o indica cual corresponde observar. En el civil, dentro

de la vigencia del decreto 2282 de 1989, la regla es el suspensivo respecto a las sentencias y el devolutivo para los autos (art. 354, num. 3, inc. 2º).

En la apelación surtida en el efecto devolutivo, cuando el inferior le ha dado cumplimento a la decisión recurrida y esta es revocada, en el mismo auto que ordena obedecer lo resuelto por el superior declara la ineficacia de la actuación realizada con base en el pronunciamiento revocado. Lo propio se predica del efecto diferido, pues, aunque la decisión apelada no se cumple, sí es factible adelantar o surtir otras actuaciones que estén íntimamente vinculadas con ella.

## Capítulo IX

# PRESUPUESTOS DEL PROCESO

### 1. Clasificación

Ha sido tradicional en la doctrina la concepción de los presupuestos procesales, denominados así por constituir requisitos para la integración y desarrollo de la teoría que concibe el proceso como una relación jurídica procesal, pero que, de acuerdo con la concepción moderna, los circunscribimos al proceso, que es el fenómeno central o fundamental, clasificándolos en dos: los procesales propiamente dichos y los materiales.

## **Sección I**. *Presupuestos procesales propiamente dichos*

### 2. Concepto

Oscar von Bülow[1] fue el primer jurista que empleó el término presupuestos procesales para referirse a "las condiciones necesarias para la constitución de la relación jurídica procesal ...".

La denominación utilizada por el referido autor obedece a la concepción que respecto de la naturaleza jurídica del proceso expuso y que llamó relación jurídico procesal, concibiéndola como el vínculo jurídico que liga a los sujetos entre quienes se desarrolla o surte el proceso y que se integra con la presencia de todos, lo que ocurre una vez que el demandado, quien es el último en intervenir, se vincula mediante la notificación del auto admisorio de la demanda.

Con fundamento en lo expuesto consideramos incuestionable la existencia de los presupuestos, concebidos como las formalidades o exigencias que deben cumplirse, pero circunscribiéndolos al proceso, fenómeno central o fundamental, y con miras únicamente a su válida realización y resultado u objetivo, concretado a la administración de justicia.

[1] Oscar von Bülow, *Teoría de las excepciones procesales y presupuestos procesales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, págs. 4 y 5.

### 3. Clasificación

Bülow los clasificó en competencia, capacidad procesal de las partes, demanda en forma y orden riguroso del proceso"[2].

A la mencionada clasificación de los presupuestos procesales se le observa que, si se toma el vocablo presupuesto en su acepción exacta, esto es, lo que se requiere que exista antes de algo, en este caso, previamente a la integración de la relación procesal, es inadecuado incluir entre tales presupuestos el orden riguroso del proceso, puesto que este mira al desarrollo o desenvolvimiento de la relación y no a su iniciación, que es, desde luego, anterior.

Por tal razón, autores posteriores al ilustre maestro alemán y sustentadores también de la teoría de la relación jurídica procesal limitan los presupuestos procesales a la competencia, la capacidad procesal de las partes y la demanda en forma, excluyendo el orden riguroso del proceso, que lo cambian por la capacidad jurídica de las partes, aspecto que guarda estrecha relación con la capacidad procesal[3].

Con fundamento en lo expuesto, los presupuestos procesales propiamente dichos los clasificamos en los de iniciación y los de desarrollo

A) *Los presupuestos procesales propiamente dichos*, según el momento que se tome en consideración, pueden clasificarse en dos: *los de iniciación y los de desarrollo.*

a) Los *de iniciación* se identifican con los de la acción y la contradicción, por ser estos fenómenos o instituciones los que explican la vinculación del demandante (acusador si se trata de proceso penal) y el demandado (acusado en el proceso penal) con el Estado, representado por la rama judicial.

Por consiguiente, los presupuestos de iniciación están constituidos por unos de carácter subjetivo, por referirse a los sujetos, integrados por la jurisdicción y la competencia, que se refieren al juez, la capacidad jurídica y procesal de las partes (demandante y demandado), y, otro de índole objetiva, por recaer sobre un acto, constituido por la demanda en forma, como el idóneo para que pueda darse comienzo al proceso.

Otros autores los integran con los de la acción, que los divide en cuatro: capacidad jurídica, capacidad procesal, investidura del juez y ausencia de caducidad; mientras que a los de admisión de la demanda, que denominan previos del juicio, los integra con la jurisdicción, la competencia, la capacidad y debida representación del demandado y la demanda en debida forma, que comprende el empleo del papel sellado (eliminado entre nosotros), cuando la ley exige esta formalidad.

[2] Oscar von Bülow, *ibidem*, págs. 4 y 5.

[3] Entre otros pueden citarse Leo Rosenberg, Gian Antonio Micheli, Adolfo Schönke, Hugo Alsina, Hernando Morales Molina, etc.

En materia penal la clasificación enunciada ofrece algunas peculiaridades, porque si bien tienen aplicación los de índole subjetiva, concretamente la jurisdicción y competencia, que sin excepción obran en todas las ramas del derecho procesal, en relación con las partes la capacidad jurídica está limitada a la Fiscalía, de un lado, y, del otro, a la persona susceptible de imputación, radicando la representación en el defensor, que debe asistirlo en todas las actuaciones. La demanda se reemplaza por la acusación formulada por la Fiscalía, característica del sistema acusatorio.

b) Los *presupuestos de desarrollo,* denominados con propiedad como *del procedimiento,* están constituidos por la observancia de las diferentes etapas que conforman el proceso y, dentro de ellas, por las formas de los diferentes actos que se realizan, cuya violación, cuando afectan los derechos fundamentales, implica nulidad de la actuación, sea total o parcial.

Un sector de la doctrina clasifica a los del procedimiento, en los que componen ciertas medidas previas, como la inscripción de la demanda, la debida citación y emplazamiento del demandado, la ausencia de perención de la instancia, el cumplimiento de los trámites procesales, la ausencia de nulidad y pleito pendiente

De lo dicho se infiere que el juez tiene el deber, cuando se le presenta la demanda, de verificar la existencia de los presupuestos para iniciar el proceso y, si se cumplen, darle curso mediante el auto admisorio y luego velar por la observancia de los del procedimiento, para poder considerar los de la pretensión y la actitud que frente a esta adopte el demandado, por ser los que vienen a determinar el sentido de la sentencia.

En la rama penal obran la observancia de las formas procesales y, particularmente, que en ellas se cumpla con el debido proceso, asimismo en las medidas previas, que en este están constituidas por la etapa de investigación, la debida citación del acusado y la ausencia de nulidad, descartándoosle perención y el pleito pendiente.

## **Sección II.** *Presupuestos materiales*

### 4. Concepto

Frente a los anteriores presupuestos, que miran a la iniciación, desarrollo y culminación válida del proceso, están los denominados materiales, según la concepción de Devis Echandía[4] con fundamento en Eduardo J. Couture, que se refieren a la decisión a que corresponde considerar en la sentencia y que los fundamentan en la pretensión. Preferimos el calificativo de materiales, por cuanto no solo deben mirar a la pretensión, sino también a la oposición, por cuan-

[4] Hernando Devis Echandía, *op. cit.*, págs. 319 y ss.

to las dos son las dos caras de una misma moneda que obran en la decisión que debe tomar el juez, a la cual se encuentran referidos.

## 5. Clasificación

De acuerdo con la concepción de los mencionados doctrinantes, podemos clasificar los presupuestos materiales o de la pretensión en los necesarios para la sentencia de fondo o la viabilidad de la pretensión, los de la sentencia favorable al demandante o para la eficacia de la pretensión y los de la sentencia favorable al demandado o de la ineficacia de la pretensión.

A) *Para la sentencia de fondo, denominados también como de viabilidad de la pretensión.* Son los necesarios para que el juez pueda entrar a pronunciarse sobre la cuestión debatida y están constituidos por la legitimación en la causa, el interés para obrar, el cumplimiento del requerimiento y la correcta acumulación de pretensiones. La ausencia de cualquiera de estos presupuestos determina una sentencia inhibitoria.

Al hablar de la cuestión debatida, no solo debe referirse a la pretensión, como lo anotamos, sino a la oposición, porque una y otra son las que el juzgador va a analizar para proferir una decisión de fondo o sobre el derecho materia del proceso.

En la rama penal no obran los presupuestos para la sentencia de fondo, por cuanto no se dan los presupuestos para ella, como acontece en el civil y las demás ramas, por lo cual siempre se impone un pronunciamiento condenatorio o absolutorio.

B) *Para la sentencia favorable al demandante, denominados también de la eficacia de la pretención,* con propiedad, porque implican acoger los pedimentos formulados por el demandante en la demanda y están constituidos por la invocación del derecho del demandante y la prueba de los hechos en que se estructura.

En el campo penal tiene aplicación esta clase de decisión, que corresponde dictar cuando los hechos constitutivos del ilícito se encuentran establecidos, así como la autoría y responsabilidad del acusado. Asimismo cuando este pronunciamiento es consecuencia del principio de oportunidad de los preacuerdos.

C) *Para la sentencia favorable al demandado*, que se integran con la invocación de las excepciones de fondo cuando la norma lo exige, probar los supuestos fácticos que las fundan y la ausencia de cualquiera de los necesarios para proferir sentencia favorable al demandante.

La sentencia en materia penal es favorable al acusado cuando no aparecen establecidos los presupuestos para la sentencia condenatoria, esto es, que los hechos que configuran el delito no se han demostrado, el acusado no los cometió o porque obró determinado por un eximente de responsabilidad o se encuentra prescrita la acción.

## Capítulo X

# CRISIS DEL PROCESO

## 1. Concepto

Como en su lugar dijimos y conforme al autorizado criterio de Guasp[1], el proceso lo integran tres elementos: el subjetivo, el objetivo y el de actividad.

El *subjetivo* está compuesto por los sujetos del proceso, o sea, el funcionario jurisdiccional y las partes, comprendidos en estas los terceros intervinientes. El *objetivo* lo constituyen la pretensión y la conducta que frente a ella asuma el demandado, aspecto que suele denominarse el tema o materia de la decisión. La *actividad* está formada por los distintos actos emanados de los sujetos, que tienden a iniciar, darle curso y terminación al proceso.

Lo deseable es que esos tres elementos permanezcan inalterables en el curso del proceso, es decir, que los sujetos con quienes se inicie sean los mismos con quienes termina, que el objeto no se modifique en modo alguno y que los actos procesales impliquen el desarrollo normal del procedimiento mediante el cumplimiento de las diferentes etapas previstas en la ley.

Sin embargo, es factible que se produzca cambio en los sujetos, mutaciones en el objeto y cesación de la actividad, o que esta se desvíe por otros cauces tendentes a resolver situaciones accesorias, pero de trascendencia en el resultado definitivo. Esto es lo que suele denominarse *crisis del proceso* que, simplemente, se concibe como la alteración de cualquiera de los elementos que lo integran.

## 2. Crisis subjetiva

De acuerdo con lo expuesto, la crisis subjetiva es la anormalidad del proceso producida por la modificación en cualquiera de los sujetos. La modificación se entiende en el sentido de cambio, aumento o disminución de los sujetos con quienes se integra la relación jurídico procesal.

La crisis subjetiva se refiere al órgano jurisdiccional, a las partes y a sus apoderados.

[1] Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, t. i, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, págs. 495 y ss.

### 3. CRISIS DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

La crisis referente al órgano jurisdiccional se presenta cuando el funcionario que está conociendo del negocio es reemplazado definitiva o temporalmente por otro.

Las causales que generan esta forma de crisis provienen de la persona del funcionario o de circunstancias ajenas a él. Se puede, por tanto, denominar personales a las primeras y extrapersonales a las segundas.

A) Las *personales* están integradas por la renuncia del cargo, la licencia, la suspensión impuesta por la sanción disciplinaria y los impedimentos y recusaciones.

En las tres primeras, siempre es el mismo órgano jurisdiccional el que continúa conociendo del proceso, no así en el último, el cual, en algunos casos, una vez manifestado el impedimento o propuesta y aceptada la recusación, el expediente pasa a otro despacho judicial.

B) Las *extrapersonales* lo componen la derogación de jurisdicción, la suspensión y derogación de competencia, y la acumulación de procesos.

Estas causales obran con relación al proceso que en razón de ellas es sustraído de un despacho judicial para pasarlo a otro, tal el caso que se le atribuya a los jueces civiles un asunto del cual conocen los laborales, etc.

### 4. CRISIS DE LAS PARTES

Esta modalidad se presenta cuando cualquiera de las partes es sustituida por otra o se aumenta o reduce el número de personas que las integran.

Las causales que producen la crisis de las partes pueden concretrarse en las siguientes:

A) *La sucesión procesal*. Se define, conforme al sencillo concepto que trae RAMOS MÉNDEZ[2], como "la sustitución de una de las partes por otra que ocupa su posición procesal".

Esta especie de crisis consiste exclusivamente en el cambio de las personas que integran cualquiera de las partes y, por tanto, es factible que afecte al demandante o al demandado o, incluso, a un tercero interviniente. El sucesor llega al proceso con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales de su antecesor.

La sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso. Por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, que, por tanto, continúa igual, co-

[2] FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión procesal*, Barcelona, Biblioteca Hispano Europea de Ciencias Sociales, 1974, pág. 2.

rrespondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado.

La sucesión procesal ofrece dos modalidades: a *título oneroso* y a *título gratuito* según medie o no erogación del sucesor en favor de la persona a quien sucede. La diferencia entre estas dos figuras consiste, al menos en nuestro Código de Procedimiento Civil (art. 60, inc. 3º), en que mientras el gratuito genera sus naturales consecuencias dentro del proceso por el solo hecho de ocurrir el acto en virtud del cual tiene existencia, en el oneroso se requiere, además, que el sucesor sea aceptado por la contraparte.

a) *La sucesión a título gratuito* ofrece, por su parte, varias modalidades de acuerdo con la circunstancia que la origine, a saber: sucesión por causa de muerte, disolución de la sociedad y sucesión por expiración del derecho material.

a') *Sucesión por causa de muerte.* Como antes lo dijimos, al tratar de la capacidad de los patrimonios autónomos y concretamente de la sucesión *mortis causa*, la representación de esta recae en los herederos del causante, en su calidad de continuadores de la persona del difunto.

Con todo, existe una excepción —como también lo expusimos— cuando la herencia es declarada yacente, porque entonces la representación reside en el curador que el juez al efecto designa dentro de la actuación que se lleva a cabo.

Dicho curador es desplazado por los herederos, tanto en la actuación que da lugar a su designación, que deja de ser herencia yacente y se convierte en sucesión, como en el proceso donde él actuaba a nombre del causante.

La situación últimamente mencionada es una modalidad de lo que podríamos llamar *sucesión procesal sucesiva*, por obrar primero en favor de una persona y luego de otra que, a su vez, la desplaza. Esta figura suele ocurrir también cuando se debate en un proceso lo relativo a un bien que ha sido materia de legado y fallece la parte que lo instituye, supuesto en el cual los herederos ocupan su lugar, para posteriormente dar paso a quien se le adjudica, calidad que comprueba con la copia de la partición y de la sentencia aprobatoria.

b') *Por disolución de la sociedad.* Tiene ocurrencia cuando una sociedad actúa como parte en un proceso y se disuelve. La disolución le pone término a la vida útil de la sociedad, es decir, la realización del objeto para el cual fue constituida, para dar paso a la liquidación, referida exclusivamente a cancelar el pasivo y distribuir el sobrante entre los socios, de acuerdo con el porcentaje de sus aportes. Entonces, aunque al producirse la disolución continúa actuando el mismo ente, jurídicamente es diferente después de esta, así como la calidad de la persona por cuyo conducto le corresponde actuar. En efecto, durante la existencia de la sociedad la representa el gerente o administrador, mientras que en la etapa de liquidación radica en el liquidador.

Mas la verdadera sucesión ocurre al finalizar la liquidación, por cuanto a la sociedad liquidada vienen a sucederla el socio o socios que asuman los derechos o las obligaciones que son materia del proceso, igual a como acontece en el supuesto anterior del adjudicatario y legatario. En caso que la sociedad reclame la reivindicación de un bien y en curso este proceso se disuelva, continúa actuando sin interrupción el liquidador y, posteriormente, una vez liquidada, el socio o socios a quienes se les adjudique el bien.

c') *Sucesión por expiración del derecho material en la parte*. Se presenta cuando la calidad con que actúa una persona en el proceso pasa a radicarse en otra, por lo cual esta desplaza a aquella y ocupa su lugar. Ocurre en el fideicomiso, cuando el fiduciario pierde su condición, reemplazándolo el fideicomisario.

b) *La sucesión a título oneroso* surge como consecuencia de la cesión del derecho litigioso que cualquiera de las partes hace en favor de un tercero. En este supuesto —como lo observamos anteriormente— el proceso continúa entre las partes originales, salvo que el cesionario sea aceptado por la parte contraria, pues entonces pasa a ocupar el lugar del cedente. Caso contrario, si no acepta al cesionario, este de todas maneras se encuentra legitimado para intervenir en el proceso, por tener un interés que defender, pero solo adquiere la calidad de litisconsorte (C. de P. C., art. 60).

La norma simplemente se limita a indicar que adopta la calidad de litisconsorte, pero no define si es voluntario o necesario. Ciertamente no encuadra en ninguna de estas, pues falta la principal característica de cada modalidad, ya que la relación material controvertida en el proceso es una sola, pero no es inescindible, como se requiere en el necesario, y al no ser varias con diferentes titulares, tampoco es facultativo o voluntario. Es, por tanto, un litisconsorcio especial, que se acerca más al necesario, por no existir sino solo una relación material.

B) Las otras situaciones generadoras de crisis en el proceso se derivan de la *modificación, aumento o reducción de los sujetos que integran la parte*, y son las siguientes:

a) *Por pérdida de la capacidad procesal*. Al tratar las condiciones o requisitos para ser parte, expusimos lo relativo a la necesidad que tienen algunas personas de actuar mediante otras, por carecer de la facultad para hacerlo directamente, que se denomina capacidad procesal.

Ese aspecto puede faltar durante el curso del proceso en una de las personas que actúa como parte y por habérsele declarado incapaz. Es el caso, v. gr., de quien se declara en interdicción, pues, a partir de la ejecutoria de la providencia que haga ese pronunciamiento, continúa actuando en el proceso mediante un curador, en quien reside la representación.

b) *Por adquirir la capacidad procesal*. *A contrario sensu* del supuesto anterior, es viable que quien inicialmente comparece al proceso por conducto

de su representante, por la incapacidad que lo afectaba, adquiera en el curso de la actuación la plena capacidad y, por ende, la aptitud para actuar directamente. Como ejemplo cabe citar el menor (que actúa por medio de quien ejerza la patria potestad, o a falta de este, por un curador) que, en desarrollo del proceso, alcanza la mayoría de edad, pues, a partir de ese momento, es factible que intervenga por sí mismo.

c) *Por intervención de terceros.* Cualquiera que sea la clase de intervención que se registre en el proceso, implica la ampliación del número de partes y, por tanto, produce crisis en tal sentido. Decimos que intervención, cualquiera que sea la modalidad, por cuanto también ocurre en la adhesiva o accesoria, porque, aunque el tercero que tiene esta calidad no introduce al proceso una nueva pretensión, sí aumenta el número de partes, que es una de las formas de crisis subjetiva.

d) *Por la reducción de las partes.* Se presenta cuando, existiendo un litisconsorcio facultativo, alguno o algunos de los litisconsortes quedan fuera del proceso en virtud de desistimiento o por celebrar con la contraparte transacción o conciliación.

## 5. Crisis de los apoderados

La crisis ocurre cuando el apoderado que actúa en el proceso es reemplazado temporal o definitivamente, sea que se le nombre sucesor o no.

Las causales que originan este tipo de crisis pueden provenir del apoderado o de la parte que le otorgó el poder.

A) *Emanan del apoderado* en los siguientes casos:

a) *Por muerte del apoderado.*

b) *Por renuncia del poder.*

c) *Por perder el apoderado la capacidad para actuar*, sea que se refiera a la persona como tal o a la calidad de abogado. Sucede lo primero cuando cae en incapacidad; lo segundo, por suspendérsele en el ejercicio de la profesión.

d) *Por sustitución del poder.*

B) *Las que provienen de las partes* consisten en las siguientes:

a) *Por la revocatoria del poder*, sea que se produzca por dejar sin efectos el otorgado a quien venía desempeñándolo o la designación de un nuevo apoderado.

b) *Por incapacidad de la parte*, porque no puede continuar actuando por sí misma, sino por conducto del representante que al efecto se le designe.

## 6. Crisis objetiva

La crisis objetiva se presenta cuando la pretensión se transforma. El término *transformación*, según el concepto de Chiovenda[3], comprende la variación, ampliación o reducción de la pretensión.

Las causas que producen la crisis objetiva son las siguientes:

A) *Por modificación de la demanda.* Como ya vimos, el demandante tiene oportunidad, por una sola vez, de modificar la demanda. En esa nueva demanda puede incluir, modificar o reducir las pretensiones, sin alterarlas totalmente, desde luego.

Esta modificación se refiere a la propiamente dicha, esto es, la que se efectúa luego que el demandado se vincula al proceso y queda integrada la relación jurídico procesal.

B) *Por desistimiento, transacción o conciliación parciales.* Estos aspectos fueron considerados al tratar cada una de esas figuras en particular y, por tanto, nos remitimos a lo que allí dijimos. Recabamos, sin embargo, que obra solo cuando cualquiera de esos fenómenos es parcial o versa sobre alguna o algunas de las pretensiones, pero el proceso continúa por las restantes.

C) *Por acumulación de pretensiones.* Se presenta en la acumulación subjetiva sucesiva, sea que provenga de las partes, como ocurre con la demanda de reconvención, o de terceros, y, concretamente, cuando tienen la calidad de principales. Hay acumulación en la demanda de reconvención o en la intervención principal, pues se formulan nuevas pretensiones, que vienen a ampliar el objeto o materia de la decisión.

D) *Por acumulación de procesos.* Este fenómeno, según se anotó, se limita a la reunión de varios procesos en uno solo e implica ampliar las pretensiones, puesto que la litis recae sobre las propuestas en cada uno de los acumulados.

E) *Los incidentes.* Mucho ha divagado la doctrina para encontrar una ubicación exacta de los incidentes. Ha sido obra de Guasp[4], como lo resalta de la Plaza[5], que se les considere una modalidad de la crisis objetiva del proceso, por implicar que se distraiga o desvíe la actividad procesal de su curso normal, con objeto de atender aspectos que interesan a la cuestión principal, aunque no se pronuncien sobre ella.

a) *Concepto.* Los incidentes se conciben como actuaciones propias, accesorias e independientes del proceso, destinadas a dilucidar ciertos aspectos que son básicos para la decisión definitiva.

[3] Giuseppe Chiovenda, *Derecho procesal civil*, t. ii, Madrid, Edit. Reus, págs. 411 y 412.

[4] Jaime Guasp, *op. cit.*, pág. 504.

[5] Manuel de la Plaza, *Derecho procesal civil español*, t. i, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1951, pág. 392.

b) *Estructura.* El incidente tiene una estructura semejante a la del proceso, con las mismas tres fases, la *de iniciación*, constituida por la petición y la contestación de la contraparte formulada en el término del traslado; *la probatoria*, cuando es necesario practicar pruebas; y *la decisoria,* conformada por la decisión, generalmente mediante auto interlocutorio. Se elimina el período para alegar, aunque algunos lo tienen, como las excepciones de fondo en el ejecutivo.

c) *Clases.* Los incidentes pueden ser de varias clases:

a') Conforme al trámite, se clasifican en típicos y atípicos.

1. El *típico* tiene un trámite común, cualquiera que sea el asunto ventilado. La norma prevé la estructura de un incidente en general, al cual se acude ante la ausencia de uno especial y cuando el asunto requiere ese trámite, como acontece con el de nulidad del proceso propuesta por las partes.

2. El *atípico* es el establecido para dilucidar un aspecto determinado y tiene su propio trámite o procedimiento. Acontece, por ejemplo, con el de excepciones en el ejecutivo, que guarda estructura similar a la del proceso declarativo, incluso la sentencia, con la cual termina.

b') *De acuerdo con la oportunidad en que se decidan*, son de previo y especial pronunciamiento y de no previo y especial pronunciamiento.

1. El *de previo y especial pronunciamiento* se resuelve una vez agotada la correspondiente actuación y en providencia destinada al efecto. Ocurre en las excepciones propuestas en el proceso ejecutivo, el levantamiento del secuestro a instancia de un tercero, etc.

2. *De no previo pronunciamiento* cuando se deciden en la misma sentencia que le da fin al proceso. Acontece con las objeciones formuladas al dictamen pericial en un proceso declarativo, porque, al formar parte del acervo probatorio, el juez debe decidirlas en la sentencia, donde, además, evalúa la prueba en general.

c') Por lo tocante *al momento en que se presenten*, son preprocesales, procesales y posprocesales.

1. El *preprocesal* se tramita con antelación a la formación de la relación jurídica procesal, esto es, antes de que el demandado se vincule al proceso. Se presenta en el ejecutivo cuando el afectado con el secuestro previo solicita el levantamiento de esa medida antes de notificar al ejecutado el mandamiento de pago.

2. El *procesal* se ventila después de integrada la relación jurídico procesal y antes de dictar sentencia, que es lo usual, como ocurre en el mismo ejemplo citado del levantamiento del secuestro, pero cuando el ejecutado se encuentra vinculado al proceso por habérsele notificado el mandamiento de pago.

3. El *posprocesal* cuando se surte una vez proferida la sentencia y como consecuencia de su cumplimiento. La oposición que se presenta al practicar

la diligencia de entrega del bien en un proceso reivindicatorio es posprocesal, por tener como causa el cumplimiento de la sentencia proferida.

## 7. Crisis de la actividad

La crisis de actividad, llamada también *de procedimiento*, es la parálisis o cesación de la actuación, que ocurre desde cuando se presenta la causal que la origina hasta cuando desaparece.

Este tipo de crisis —conforme lo sostiene la escuela italiana—, es la propiamente dicha y se origina en dos fenómenos distintos, por actuar sobre supuestos diferentes, aunque a la postre producen los mismos efectos: la suspensión y la interrupción del proceso.

## 8. Suspensión

A) *Concepto*. La suspensión es la cesación del proceso originada en circunstancias ajenas a los elementos de este, pero que, desde luego, tienen influencia sobre él.

B) *Características*. Además del aspecto mencionado en la definición, o sea, originarse en causas ajenas al proceso, la suspensión se caracteriza porque mientras exista la causa que la determina no es factible efectuar válidamente ningún acto, lo cual obedece a que ocurre en un proceso en particular y con fundamento en una providencia jurisdiccional (*ope iudicis*) o por disposición de una norma (*ope legis*) y, por tanto, conocida por todos los que actúan en él.

C) *Clases*. La suspensión reviste varias modalidades, según el punto de vista que se tome como referencia, a saber:

a) *Según la actuación que afecte*, es total o parcial.

a') *Total*, cuando determina inactividad completa del proceso, es decir, de toda la actuación, no solo de la principal, sino de las accesorias o incidentales.

b') *Parcial*, si solo afecta a determinada actividad, pero el proceso continúa tramitándose en lo restante. Por ejemplo, cuando se denuncia el pleito, en que el proceso se suspende desde que esta se admite hasta cuando se notifica al denunciado, pero sin exceder de noventa días (C. de P. C., art. 56, inc. 2º).

b) *Según la causa que la determine*, es voluntaria o necesaria.

a') La *suspensión voluntaria* se presenta cuando las partes, de común acuerdo, la solicitan al funcionario que conoce del proceso. La duración de esta queda a discreción de las partes, pues a ellas les corresponde señalar el término de suspensión.

Para la viabilidad de este tipo de suspensión se requiere el lleno de varias formalidades:

1. *Petición escrita en la cual se indique el término de suspensión.* La solicitud no solo se concreta a la suspensión, sino a indicar el momento en que empieza y termina. La suspensión, salvo disposición en contrario de las partes, comienza a partir de la ejecutoria del auto que la reconoce. Esto significa que esa es la regla aplicable cuando las partes guardan silencio al respecto, pero es factible que ellas señalen el día en que la suspensión comienza. La suspensión finaliza, sin necesidad de providencia, cuando vence el término acordado o el día fijado por las partes.

2. *Petición suscrita por todos los que intervienen como partes.* Esto significa, en el litisconsorcio, sin consideración a su modalidad, esto es, voluntario o necesario, que la petición la suscriban todos. Así mismo, si hay un tercero principal interviniente, como ocurre en el ejecutivo cuando comparece otro acreedor del deudor, por tener la calidad de parte, es necesario que suscriba la correspondiente petición de suspensión conjuntamente con el ejecutante y el ejecutado.

3. *Presentación personal del escrito.* Quienes suscriben la petición, las partes directamente o sus apoderados, la presentan personalmente en la forma prescrita para la demanda. Aun cuando el artículo 13 de la ley 446 de 1998, reiterado por la modificacion efectuada al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil por la ley 794 de 2003, consagra la presunción de autenticidad de los memoriales emanados de las partes, no obra respecto del que nos ocupa, por implicar disponibilidad del procedimiento, y, además, por disposición expresa del artículo 170, numeral 3 del Código de Procedimiento Civil.

4. *El auto mediante cual el funcionario decrete la suspensión.* La suspensión no obra por sí sola, sino que es *ope iudicis* o por disposición judicial, lo cual implica decretar la suspensión de acuerdo con los términos de la petición.

b') *Necesaria* o de imprescindible cumplimiento, cuando se dan los presupuestos previstos en la ley, presentándose como consecuencia del solo precepto (*ope legis*) o de la providencia jurisdiccional (*ope iudicis*).

Por su parte, la suspensión necesaria se produce por causas físicas, lógicas y jurídicas.

1. Las *físicas* son aquellas circunstancias que impiden ejercer la función jurisdiccional, sin consideración a la causa que las produzca, como acontece con ciertos hechos de la naturaleza, un terremoto, una inundación, etc., o del hombre, revoluciones, etc.

Hemos incluido esta causal como una de las modalidades de la suspensión, por respetar una tradición muy generalizada en la doctrina, pero no porque consideremos que reúne los requisitos que caracterizan esta figura, por cuanto no existe providencia que demarque la iniciación, tampoco obra en un solo pro-

ceso, sino en varios simultáneamente y, además, no está consagrada en el ordenamiento positivo, a lo menos en nuestro medio.

Realmente constituye una variante de la interrupción, pero de los términos, no solo por encajar dentro de este fenómeno, sino por encontrar su fundamento en la norma que la consagra, porque la función jurisdiccional no se lleva a cabo precisamente por permanecer cerrado al público el despacho u órgano judicial (C. de P. C., art. 121).

2. Las *lógicas* se producen cuando se suspende la sentencia de un proceso por la influencia que en ella tiene la que se ha de proferir en otro, el cual está en curso o trámite. En este caso, lo que en verdad se suspende es la sentencia hasta cuando se dicte y quede en firme la del otro, y no el proceso propiamente dicho.

Esta figura recibe el nombre de *prejudicialidad* y reviste dos modalidades:

2.1. La *heterogénea o de jurisdicción* cuando los dos procesos cursan ante funcionarios de diferente jurisdicción. Puede citarse como ejemplo cuando un juez civil suspende la sentencia en un proceso de expropiación mientras el contencioso administrativo decide la nulidad del acto que la decreta.

2.2. La *homogénea o de competencia,* si los procesos se tramitan ante funcionarios de la misma rama, como acontece cuando en una sucesión se suspende la partición y la correspondiente sentencia que la aprueba hasta cuando se decida el ordinario donde se controvierte la validez del testamento.

3. Las *jurídicas* son las establecidas por cada código de procedimiento. Las hay *comunes*, por ocurrir en todos los procesos, o *individuales*, si solo rigen en uno determinado.

## **9.** INTERRUPCIÓN

La interrupción es la cesación del proceso por causas o circunstancias inherentes a sus propios sujetos, particularmente las partes y los apoderados, y su fundamento radica en la protección del derecho de defensa, que no puede ejercerse mientras exista la causal que la configura.

Las causales de interrupción son la muerte o enfermedad grave del apoderado o de la parte. Esto significa que obra en relación con la parte cuando carece de apoderado, bien por actuar directamente o, simplemente, por no constituirlo, como acontece con el demandado que se limita a recibir la notificación del auto admisorio de la demanda.

En la muerte de la parte la causal se produce desde cuando ella ocurre hasta diez días después de la citación que se haga a sus sucesores, esto es, herederos y cónyuge, albacea con tenencia de bienes o curador de la herencia yacente, según el caso, salvo que ellos intervengan al proceso con antelación, porque entonces cuando esto suceda el proceso se reanuda.

Si el afectado es el apoderado, por muerte, exclusión o suspensión del ejercicio de la profesión, la interrupción se produce a partir del fallecimiento o la ejecutoria de la providencia que impone la sanción hasta diez días después de la citación que se haga al poderdante, excepto que este, antes de vencerse ese término, constituya nuevo apoderado, produciéndose la reanudación el día en que se presente el correspondiente poder.

La interrupción solo obra en el fallecimiento del deudor cuando se trata de proceso ejecutivo, sin consideración a que tenga apoderado, pues esa circunstancia impide continuar la actuación hasta que se les haga saber a los herederos la existencia de la obligación y transcurran ocho días que, como plazo de gracia para su cancelación, establece el artículo 1434 del Código Civil. No acontece lo mismo en las otras situaciones, vale decir, cuando el que fallece es el ejecutante o cualquiera de las dos partes en los procesos declarativos y tienen apoderado, pues este continúa actuando hasta que intervengan los sucesores y le revoquen el poder, por lo cual no se viola el derecho de defensa.

En la enfermedad la interrupción se inicia desde cuando ella comienza y cesa luego que el afectado recobra la salud o está en condiciones de atender el proceso. Pese a que la norma califica de *grave* la enfermedad, consideramos que el criterio a seguir es la imposibilidad para atender el proceso y, por ende, ejercer los actos tendientes a la defensa de su derecho, y no la calidad de la afección en sí misma considerada. En otros términos, el criterio a seguir no es el simplemente objetivo, en cuanto a la naturaleza de la enfermedad, sino subjetivo, respecto de los efectos que esta produzca en la persona. Es factible que una enfermedad sea leve y, sin embargo, incapacite en forma total a la persona, y, por el contrario, ser grave y no impedirle realizar su actividad corriente.

Además del aspecto central mencionado en la definición, cual es el de provenir de causas inherentes a los sujetos del proceso y, concretamente, respecto de las partes, la interrupción tiene otras características, a saber:

A) *Surge a partir del hecho que la ocasiona.* La causal se configura una vez se produce el hecho que la origina. En unos se produce en forma instantánea, como ocurre con la muerte; en otros, se prolonga en el tiempo, como es la enfermedad. La causal en la enfermedad comienza una vez aparecen los síntomas y la persona afectada no está en condiciones de atender el proceso. Empero, si el hecho ocurre estando el expediente en el despacho del juez, solo surte sus efectos a partir de la notificación de la providencia que se pronuncie seguidamente, preceptúa el artículo 168, numeral 4, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil.

B) *Cesa cuando desaparece el hecho que la produce.* Por regla general la interrupción finaliza una vez desaparece el hecho que la ocasiona, como ocurre con la enfermedad, que se produce cuando la persona recobra su salud o está en condiciones de atender el proceso, pero en otros es necesario efectuar determinadas actuaciones, como sucede con la muerte del apoderado o de la

parte, en que se requiere citar al poderdante o a sus herederos, según el caso, para que se apersonen en el proceso.

C) *La actuación surtida queda afectada de nulidad.* Como el hecho que la produce generalmente no es conocido por el juez o la otra parte para que pueda decretarla o pedirla, según el caso, y, tampoco el afectado está en condiciones de invocarla, el proceso continúa su curso, por lo cual a este le corresponde proponerla como causal de nulidad. Por ello es por lo que JANE JAPIOT[6] habla de la *restitución de la instancia* como uno de los distintivos esenciales de esta figura.

La nulidad comprende todos los actos realizados a partir del hecho que ocasiona la interrupción y termina, si se trata de enfermedad, cuando esta desaparece, o, en caso de muerte del apoderado o la parte, una vez concurre al proceso el poderdante o sus sucesores. Sin embargo —según lo anotamos—, cuando el hecho ocurre estando el proceso al despacho, como la violación del derecho de defensa no radica en la providencia, sino en no poder interponer los recursos tendentes a reparar lo desfavorable de la decisión, es necesario que la parte afectada disponga para ello de la correspondiente oportunidad, por lo cual, al recaer la nulidad en la notificación y tener que surtirse nuevamente, vuelve a correr con ese propósito el término de ejecutoria.

[6] JANE JAPIOT, *Traité élémentaire de droit civil*, citado por EDUARDO PALLARES en *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Edit. Porrúa, 1956, pág. 109.

# Capítulo XI

# TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO

## 1. Concepto

Ya se dijo que normalmente el proceso declarativo termina con la ejecutoria de la sentencia, revestida con la firmeza de la cosa juzgada, y el ejecutivo con el pago total o la satisfacción completa de la obligación. *A contrario sensu*, anormalmente el proceso declarativo termina cuando no agota la totalidad de sus etapas o el ejecutivo por la ineficacia de la obligación objeto del recaudo.

Hablar de proceso significa que esté iniciado, vale decir, integrada la relación jurídica procesal en virtud de la notificación al demandado del auto admisorio o el mandamiento ejecutivo o, en general, de la primera providencia que se dicte, por lo cual se excluye como medio anormal de finalización el retiro de la demanda.

## 2. Clasificación

La terminación anormal del proceso ocurre por dos grupos de causas, clasificadas de acuerdo con los efectos o consecuencias que produzcan, a saber:

A) *Las que no impiden volver a instaurar el proceso*. Ocurre cuando el proceso finaliza como consecuencia de la declaración o prosperidad de un impedimento procesal o excepción previa, como se le denomina en el civil, de carácter perentorio, es decir, cuando no es factible subsanar la causa que la originó, como acontece con la cláusula compromisoria, en virtud de la cual el asunto le corresponde a un tribunal de arbitramento y no a la rama judicial.

En el ejecutivo, además de los impedimentos procesales, que también tienen aplicación, salvo algunos que, por su naturaleza, quedan excluidos, como la mencionada cláusula compromisoria, obra la revocatoria del mandamiento ejecutivo.

B) *Las que entrañan la extinción definitiva del proceso*. Significa que se cierra la posibilidad de volver a instaurar el proceso de manera eficaz, pues, de hacerlo, el demandado impide que se surta mediante la proposición de la causa que originó la terminación anormal del anterior. Integran este grupo el desistimiento, la transacción y la conciliación.

Algunos tratadistas suelen incluir como causales de extinción definitiva del proceso el compromiso arbitral y el allanamiento. No compartimos ese criterio, porque ninguno de los dos implica la terminación del proceso, por cuanto en el compromiso solo hay un cambio de funcionario, que del juez se desplaza al tribunal de arbitramento, quien continúa tramitándolo y lo decide; y en el allanamiento, que se omitan ciertas etapas, como es el período probatorio y los alegatos, para pasar a la sentencia, que es medio normal de terminar el proceso.

Por la naturaleza del ejecutivo, que persigue el pago de la obligación, no tienen aplicación las mismas causales del declarativo, compartiendo solo el desistimiento, por cuanto la conciliación y la transacción únicamente proceden cuando se proponen excepciones de fondo o mérito, porque en ese supuesto el derecho se torna incierto. Son propias de este tipo de proceso en general —como lo indicamos anteriormente— todas las circunstancias que determinen la ineficacia de la obligación objeto del recaudo, como es la prosperidad de las excepciones de mérito totales, la revocatoria del mandamiento ejecutivo, por carecer de fundamento la regulación de perjuicios, cuando se trata de ejecución por equivalencia y por declararse la falsedad del título contentivo de la obligación.

Las causales de terminación anormal expuestas son aplicables al civil y en las ramas que siguen sus orientaciones, como es el laboral, el contencioso administrativo, etc., excluyéndose, por tanto, el penal, pues la índole de la pretensión hace imposible su aplicación de algunas de ellas. Es factible, dentro del sistema acusatorio adoptado por la ley 906 de 2004, lo que, en cierto sentido, puede asimilarse a la transacción, consistente en el denominado principio de oportunidad. Además, la fiscalía puede renunciar a la persecución de penal, en lo que se asemeja al desistimiento. En este campo obran causales propias, como es la muerte del sindicado, la inexistencia del hecho delictivo. En el penal tiene aplicación el desistimiento y la transacción, sin límite alguno, respecto de la llamada *acción civil*, o sea, la reparación de los perjuicios ocasionados con el ilícito. Además, el desistimiento, como tal, es posible frente a determinados delitos.

## **Sección I.** *Desistimiento*

### **3.** CONCEPTO

"El desistimiento —según la definición de FAIRÉN GUILLÉN[1]— es una actividad compleja cuya causa eficiente reside en una declaración de voluntad hecha por el actor o recurrente, por la cual anuncia su deseo de abandonar

[1] VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 593 y 594.

el desarrollo de la pretensión que interpuso en el proceso que está pendiente, o bien de abandonar el recurso que instó, y a sus respectivos efectos".

En una forma más simple, podemos decir que el desistimiento es la renuncia a los pedimentos formulados en el proceso o a una determinada actuación. Utilizamos el vocablo *renuncia*, en virtud que su significado se ajusta al sentido que tiene el desistimiento. En efecto, renuncia quiere decir dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de una cosa que se tiene, o del derecho y acción que se puede tener. No referimos el desistimiento a un acto específico, como sería la pretensión, porque no solo la cobija a ella, sino a la oposición o excepciones que formula el demandado. Además, para todas las partes, demandante, demandado y terceros intervinientes, en relación con cualquiera actuación que generen, como un recurso, incidente, etc.

## 4. Clasificación

El desistimiento adopta varias modalidades de acuerdo con el punto de vista que se tome en consideración, a saber:

A) *Según la materia o el objeto sobre el cual recaiga*, puede ser total o parcial.

a) Es *total* cuando recae sobre todas las pretensiones propuestas por el demandante, lo cual determina que el proceso finalice. El demandado también puede desistir de la oposición formulada, que implica se dicte sentencia favorable al demandante, por configurar, en el fondo, allanamiento.

b) Es *parcial* si versa sobre una actuación o trámite determinado o algunas de las pretensiones propuestas. En el primer caso el trámite o actuación finaliza y en el segundo se prescinde de las pretensiones desistidas, pero en ambos el proceso continúa su curso. Es factible, por ejemplo, que el demandante reclame reivindicación y perjuicios y desista de estos para que el proceso continúe y en la sentencia se considere solo aquella. También puede desistirse de una apelación, lo cual implica que la providencia o decisión recurrida quede en firme.

a') El desistimiento parcial con relación a las pretensiones presenta las siguientes modalidades:

1. Cuando en la demanda se acumulan varias pretensiones y se desiste de algunas, a las restantes queda limitado el objeto del proceso. Acontece en el ejemplo antes citado y en el ejecutivo cuando el acreedor cobra varias cantidades y prescinde de algunas de ellas.

2. Cuando el desistimiento recae sobre la totalidad de la demanda principal, pero existe demanda de reconvención, sobre esta continúa adelantándose el proceso. Se presenta cuando un cónyuge desiste de la separación de bienes,

pero el proceso continúa por la misma pretensión propuesta en la demanda de reconvención.

3. Cuando el demandado desiste de la reconvención, pero el proceso sigue su curso en relación con la demanda principal. Es el supuesto contrario al anterior.

4. Cuando interviene un tercero con la calidad de principal y desiste de la pretensión formulada, continuando el proceso con la demanda principal. Se presenta, por ejemplo, cuando un acreedor instaura ejecutivo contra su deudor para obtener la cancelación de su crédito y otro acreedor del mismo deudor interviene y posteriormente desiste del cobro de su crédito, continuando el proceso entre las partes iniciales u originarias.

5. En el mismo caso anterior, pero cuando el desistimiento proviene del demandante, supuesto en el cual el proceso continúa entre el interviniente y el demandado.

6. En el campo penal se presenta cuando la parte civil desiste de la correspondiente demanda.

b') El desistimiento parcial con respecto a determinada actuación tiene ocurrencia en dos casos, a saber:

1. Cuando se desiste de un incidente, por ejemplo, el del tercero que solicita en un ejecutivo el levantamiento del secuestro por habérsele afectado con esa medida bienes que tiene en posesión.

2. Cuando se desiste de un recurso, v. gr., apelación o casación, caso en el cual determina que la providencia recurrida quede en firme.

B) *Según el número de voluntades que intervengan*, el desistimiento puede ser bilateral o unilateral.

a) Es *unilateral* cuando proviene de una sola de las partes, que requiere tener la calidad de actora, y es la regla general consagrada en nuestros ordenamientos procesales.

b) Es *bilateral* si es necesaria la concurrencia de todas las partes que intervienen en el proceso, esto es, el demandante, el demandado y los terceros intervinientes principales, si los hay.

Esta hipótesis, a diferencia de lo que ocurre en muchas legislaciones extranjeras, es de escasa ocurrencia en nuestro medio, por cuanto solo se da en algunos procesos civiles, como el de deslinde y amojonamiento, los divisorios y de liquidación de sociedades, cuando el demandado no se opone, por cuanto se considera que este, al adoptar esa conducta, que determina acoger la pretensión, tiene un interés similar al del demandante.

C) *En cuanto al tiempo*, el desistimiento es definitivo o temporal.

a) El *definitivo* produce una sentencia adversa al demandante e impide volver a formular la pretensión en otro proceso.

b) El *temporal* ocurre si el demandante se compromete a no plantear de nuevo su pretensión, sino hasta después de transcurrido determinado tiempo. Requiere la concurrencia de la voluntad del demandado y encuadra en la transacción, pues deja incólume el derecho del demandante, supeditado solo a un plazo.

D) *Respecto de los efectos*, el desistimiento es absoluto y relativo.

a) El *absoluto* se presenta cuando impide que la misma o similar pretensión pueda volver a formularse en otro proceso. El desistimiento en esta modalidad queda amparado de cosa juzgada, de manera semejante a la sentencia definitiva proferida en proceso contencioso.

b) El *relativo* impide volver a plantear la misma pretensión en un proceso igual, pero no en otro semejante, con diferentes elementos, aunque el objeto sea el mismo. Acontece cuando se desiste del posesorio de recuperación del bien, pero queda abierta la posibilidad de instaurar el reivindicatorio. En ambos se persigue obtener el bien, pero varía el fundamento, pues en el posesorio de recuperación se hace valer la posesión, mientras en el reivindicatorio la propiedad.

No obstante darse los supuestos o consecuencias del absoluto, adopta la condición de relativo cuando es bilateral y las partes acuerdan que el proceso pueda volver a instaurarse. Así mismo, aun existiendo los presupuestos del relativo, asume la calidad de absoluto, cuando es unilateral y quien lo manifiesta expresa renunciar a la pretensión de manera definitiva.

Algunas legislaciones, como la española, alemana, italiana, mexicana, argentina, etc., reconocen dos clases de desistimiento, que encuadran en la clasificación analizada, a saber:

a') Con la calidad de *absoluto*, denominado *desistimiento propiamente dicho*, cuando se formula unilateralmente por el demandante y recae sobre la pretensión o el derecho material contenido en ella, que implica cerrar la posibilidad de volver a proponerla en otro proceso.

b') Con la condición de *relativo*, el llamado *desistimiento de la acción o renuncia de la acción*, que es bilateral y solo versa sobre el proceso, considerado como actuación, pero que no impide volver a plantearlo, por cuanto deja incólume la pretensión y el consecuente derecho sustancial.

Casi todas las variantes antes expuestas pueden conjugarse; pero el desistimiento propiamente dicho, esto es, como medio anormal de ponerle término al proceso y de acuerdo con lo dispuesto por nuestros ordenamientos procesales, es el total, definitivo, incondicional y absoluto.

E) En *cuanto a la voluntad*, puede ser expreso o tácito.

a) El *expreso* proviene de la parte que ha dado origen a la gestión y es el propiamente dicho.

b) El *tácito* consiste en una sanción que se impone a la parte por su inactividad, que se manifiesta por no realizar el acto tendiente a darle curso a la actuación que ha originado.

## 5. Requisitos

Además de los requisitos propios de todo acto procesal, el desistimiento, como figura propia, está supeditado a unos específicos, que son de fondo y de forma.

A) *Requisitos de fondo*. Se refieren al acto en sí mismo considerado y son: ser parte, tener capacidad y estar legitimado.

a) *Ser parte*. Solo está legitimado para proponer el desistimiento total y definitivo o propiamente dicho, quien en el proceso tiene la calidad de parte principal, sea originaria o interviniente.

b) *Capacidad*. La capacidad para realizar actos procesales —según lo hemos expuesto varias veces— es la regla general, mientras la incapacidad es la excepción. En materia de desistimiento y por la trascendencia que tiene, por entrañar disponibilidad del derecho, la ley es más exigente, extendiendo la incapacidad a otras personas. Tienen esa condición los incapaces del derecho sustancial y sus representantes, los curadores *ad litem*, los apoderados y los representantes de las entidades de derecho público, como es la nación, los departamentos y municipios (C. de P. C., art. 341, inc. 5º).

Esta especie de incapacidad, sin embargo, no es absoluta, sino relativa, ya que puede subsanarse mediante ciertos requisitos, y tampoco se hace extensiva a la parcial. Es así como a los incapaces, sus representantes y los curadores *ad litem* les corresponde obtener licencia judicial, la cual es factible concederla dentro del mismo proceso y en el auto que acepte el desistimiento, salvo que sea necesario practicar pruebas, porque entonces se señala un término de diez días para ello. Las pruebas tienden a demostrar los beneficios o ventajas que el afectado deriva del desistimiento (C. de P. C., art. 343).

Los apoderados pueden desistir únicamente si el poderdante los autoriza expresamente en el poder original o en uno adicional o complementario. Es factible que el desistimiento lo proponga directamente la parte interesada, porque no es un acto de litigio, sino de simple disposición del derecho, que no requiere sea prohijado por abogado, según lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia[2].

Las entidades de derecho público para desistir requieren autorización de su representante, que lo será el ministro, gobernador o alcalde, según el caso.

[2] Corte Suprema de Justicia, cas. civ., sent., 2 octubre 1991, publicada en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. xx, núm. 240, Santa Fe de Bogotá, Legis, 1991, págs. 986 y ss.

Sin embargo, cuando en virtud de una ley, ordenanza o acuerdo se dispone promover el proceso, la autorización para el desistimiento exige un acto de igual naturaleza, el cual es necesario adjuntarlo a la respectiva petición.

c) *Legitimación.* Se entiende por legitimación la aptitud que permite a una parte obtener el reconocimiento del desistimiento presentado. Esa legitimación la tiene quien ha originado la actuación sobre la cual recae el desistimiento. De consiguiente, solo puede desistir de la pretensión el demandante, y, si se trata de una actuación parcial, quien dé lugar a ella. Cuando existe litisconsorcio necesario, por ser un acto dispositivo de derecho, requiere que provenga de todos los litisconsortes, como lo explicamos al tratar esta figura.

B) *Requisitos de forma.* Se refieren a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se lleva a cabo el desistimiento.

a) *Tiempo.* Se propone desde el momento en que se integra la relación jurídica procesal, o sea, a partir de la notificación del auto admisorio o de la primera providencia al demandado. Se excluye cualquier oportunidad anterior, pues mientras la demanda no sea notificada al demandado, el demandante puede retirarla, modificarla, corregirla, etc.

La oportunidad expira con la sentencia definitiva. Este criterio parece deducirse del texto del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, el cual afirma que puede desistirse mientras no se haya pronunciado sentencia que le dé fin al proceso y añade, a renglón seguido, que si el desistimiento se presenta ante el superior por interponer el demandante contra esa providencia apelación o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

No obstante, precisa aclarar qué se entiende por sentencia definitiva y qué por ejecutoria. Lo primero se refiere a la última providencia que se dicte en el curso de la actuación. Por consiguiente, tienen esa calidad la de única instancia, la que decide la apelación en los procesos que admiten ese solo recurso o la de casación, en donde es viable este medio de impugnación. La ejecutoria se adquiere cuando se deja vencer el término para interponer los recursos que la ley consagra para la sentencia. Por tanto, si la sentencia es susceptible de apelación, pero no se ha interpuesto este recurso y queda en firme la decisión, el desistimiento no es viable, puesto que el proceso ha culminado normalmente. Lo propio puede afirmarse si la sentencia de segunda instancia admite la casación, pero esta no se interpone.

Lo anterior es aplicable al desistimiento total o propiamente dicho, pero también, guardadas proporciones, tiene vigencia en el parcial. De este no es dable desistir cuando se profiere la providencia que lo decide, si no es susceptible de recurso alguno, o, en caso contrario, con antelación al pronunciamiento del superior. Entonces, por ejemplo, si se interpuso la apelación, puede desistirse hasta antes que se dicte la providencia que decide el recurso.

b) *Lugar.* Se refiere al funcionario ante quien se presenta la petición de desistimiento.

En el desistimiento total la regla general es que se formule ante el funcionario de primera instancia, único competente para aceptarlo. Sin embargo, de acuerdo con la norma antes transcrita, también es factible presentarlo ante el de segunda instancia, cuando se ha interpuesto apelación contra la sentencia, o ante la Corte, en el curso de la casación. En este supuesto, consideramos que el funcionario que está conociendo del recurso, como tiene una competencia limitada, únicamente acepta el desistimiento de este y deja el del proceso al de primera instancia.

Es factible que cuando se va a presentar el desistimiento esté surtiéndose la apelación de un auto en el efecto devolutivo o en el diferido. En este supuesto, como el juez de primera instancia no pierde la competencia, puede presentarse ante él, para que, en el mismo auto que lo acepte, le ordene comunicarle al superior que le devuelva la actuación. Esto no es obstáculo para presentarlo ante el superior, en cuyo caso este acepta el desistimiento en relación con el recurso y deja que el inferior, una vez reciba la actuación, se pronuncie sobre el del proceso. Lo aconsejable es presentar, de manera simultánea, el desistimiento ante el superior y el de primera instancia.

a') El desistimiento parcial que se interpone con respecto al recurso de apelación que se ha concedido en el efecto suspensivo, presenta varias situaciones, a saber:

1. Cuando el recurso ya fue concedido, pero aún no se ha enviado el expediente al superior. En este supuesto, el desistimiento se presenta ante el funcionario que concede la apelación, con lo cual recobra la competencia que se le había suspendido.

2. Cuando ya el superior ha recibido el expediente, el desistimiento entonces se dirige a este.

3. Cuando el expediente ha sido enviado al superior, pero aún no ha sido recibido por este. Si el expediente se encuentra en el correo de la residencia del funcionario que lo concedió, se solicita su devolución, para que se pronuncie sobre el desistimiento. Pero si el expediente no alcanza a recuperarse, encontrándose ya en camino, el interesado debe esperar su llegada para pedir el desistimiento ante el *ad quem*.

Por último, cualquiera que sea el tipo o clase de desistimiento, pues la norma no hace diferencia, exige la presentación personal por parte de quien la formula. Esa presentación se hace en forma semejante a la del poder o la demanda. Esta formalidad obedece a que, por tratarse de un acto de trascendencia, por implicar disponibilidad del derecho, requiere demostrar la autenticidad de la solicitud (C. de P. C., art. 345).

c) *Modo*. Se refiere a la manera como se solicita el desistimiento. En primer lugar, será escrito u oral, de acuerdo con el sistema imperante. En segundo lugar, requiere que sea *expreso*, esto es, que perentoriamente se manifiesta o se infiera, sin lugar a dudas, de lo expuesto en la petición.

El desistimiento no exige términos precisos; basta que se diga que se desiste de la pretensión, de la acción o de la demanda, por cuanto todas ellas producen el mismo efecto, ya que entre nosotros no existen diferencias, como sí las hay en otros países que anteriormente mencionamos y por las razones que allí expusimos.

### 6. Efectos

Descartando lo relativo a la terminación del proceso, por constituir el desistimiento uno de los medios anormales de producirlo, los efectos que produce consisten en los siguientes:

A) *Cosa juzgada.* Ciertamente la norma no preceptúa de manera perentoria que el desistimiento produzca efectos de cosa juzgada, pero en el fondo esto es lo que ocurre, pues no son otras las consecuencias que se desprenden de la frase: "producirá los mismos efectos de la sentencia absolutoria para el demandado" (C. de P. C., art. 342, inc. 2º).

Entonces, lo que ocurre es que al demandante se le cierra la posibilidad de volver a proponer el mismo proceso; pero sí le es dado hacerlo por otra vía. Por ejemplo, si el demandado obtiene una sentencia adversa en el proceso posesorio de despojo, puede, si tiene la calidad del propietario, instaurar el reivindicatorio, que se adelanta por la vía ordinaria.

B) *Costas.* El desistimiento, sea total o parcial, comprende la imposición en costas para la parte que lo formula. En consecuencia, el funcionario ante quien se presenta efectúa de oficio tal condena. No habrá lugar a imponer la condena cuando el desistimiento sea suscrito por la contraparte, por presumirse su conformidad y la consecuente renuncia a ellas.

Creemos, aunque la norma guarde silencio, que hay lugar a imposición de perjuicios conjuntamente con las costas, si aparece que ha existido temeridad, pues la ley prevé tal sanción para este tipo de conducta (C. de P. C., art. 72).

## **Sección II**. *Transacción*

### 7. Concepto

Sin pretender analizar exhaustivamente este fenómeno que, en este carácter, pertenece al campo sustancial y solo limita sus efectos al procesal, se define como un contrato celebrado entre las partes o presuntas partes y en virtud del cual, mediante recíprocas concesiones, le dan fin a un proceso o evitan uno futuro.

Lo anterior guarda relación con la definición que da el artículo 2469 del Código Civil, pero resalta un aspecto que le es esencial y cuya ausencia se obser-

va en la norma, cual es la renuncia recíproca de pretensiones. Tradicionalmente este requisito es exigido como parte esencial del fenómeno, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia[3].

Así, por ejemplo, puede decirse que hay transacción cuando en un proceso reivindicatorio el demandante acepta traspasar parte del derecho de dominio que tiene sobre el bien reclamado en favor del demandado, quien, a cambio, le da a aquel la posesión sobre el resto.

## 8. Características

La transacción se caracteriza por varios aspectos, entre ellos, por ser un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades entre dos partes, del cual se desprenden obligaciones. Esta característica lo peculiariza, a su vez, en los siguientes aspectos:

A) Es *bilateral*, porque requiere la existencia del acuerdo de voluntades entre las dos partes contratantes.

B) Es *consensual*, porque para su existencia basta el simple acuerdo entre las partes. Sin embargo, se efectúa por escrito y cumple las formalidades exigidas por la ley cuando la índole del derecho sobre el cual recae lo exige, como es la escritura pública si entraña traspaso de la propiedad de bienes inmuebles.

C) Es *oneroso*, por cuanto los contratantes se hacen recíprocas concesiones, que envuelvan consecuencias desde el punto de vista patrimonial. En otras palabras, cada parte da en favor de la otra algo.

D) Por regla general es *intuitu personae*, vale decir, que se hace en consideración a la persona.

E) Es de *disposición*, puesto que, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, "en ella cada una de las partes cede parte del derecho que cree tener"[4].

## 9. Requisitos

Los requisitos de la transacción se concretan a unos de forma y otros de fondo[5].

A) *De fondo*. Se refieren al contrato en sí mismo considerado. Esto, como ya lo hemos dicho, escapa a nuestro estudio; no obstante, en razón de la tras-

[3] Cas., sent., junio 1939, "G. J.", t. XLVIII, pág. 268; 19 febrero 1945, "G. J.", t. LVIII, pág. 608.

[4] Sent., 8 marzo 1926, "G. J.", t. XXXII, pág. 217.

[5] Corte Suprema de Justicia, Sala cas. civ., sent., 6 junio 1939, "G. J.", t. XLVIII, pág. 268; sent., 19 febrero 1945, "G. J.", t. LVII, pág. 608; sent., 6 mayo 1966, "G. J.", t. CXVI, pág. 97.

cendencia que algunos tienen en el campo procesal, es imperativo considerarlos.

Estos requisitos específicos, que son propios de la transacción, consisten en los siguientes:

a) *Que exista una diferencia litigiosa*, aun cuando no se halle *sub iudice*. Significa que es suficiente para permitir la transacción la diferencia que surge respecto de derecho entre dos partes, aun cuando no esté en curso un proceso para dilucidarla.

b) *Que haya voluntad o intención manifiesta de darle fin extrajudicialmente*.

c) *Concesiones recíprocas otorgadas por las partes con tal finalidad*. Este último requisito —como antes observamos— es indispensable para que exista la transacción, y significa que solo se presenta en los casos en que la pretensión es incierta (procesos de conocimiento), descartando, por tanto, aquellos en donde se persigue su satisfacción (procesos ejecutivos), salvo que se propongan excepciones que enerven el crédito, porque entonces adquiere la condición de controvertido. En este supuesto es indispensable, desde luego, que la excepción sea de fondo y controvierta la totalidad del crédito reclamado, pues si es parcial, la transacción solo es dable respecto de la parte discutida.

En el campo netamente procesal, los requisitos de fondo coinciden con los del desistimiento. Se requiere la calidad de parte principal, esto es, demandante, demandado o tercero interviniente; así mismo, se exige la capacidad, con las limitaciones expuestas para el desistimiento; y, finalmente, en cuanto a la legitimación, solo están investidos de ella quienes adoptan la calidad de partes principales, descartándose el coadyuvante.

Se destaca un requisito, que es igualmente extensible al desistimiento, cual es que si en alguna de las partes existe litisconsorcio necesario, es indispensable —como dijimos al tratar esta figura— que la transacción provenga de todos ellos, por ser un acto que implica disponibilidad del derecho material.

d) *Disponibilidad del derecho*. El Código Civil (art. 2473) expresamente prohíbe la transacción con respecto al estado civil, por cuanto se trata de derechos inherentes a la persona, a los cuales no puede renunciarse y, por ende, tampoco disponer. Situación diferente ocurre en relación con los derechos patrimoniales que se derivan del estado civil, como el de herencia, pues se encuentran, como lo anota la Corte Suprema de Justicia, en el comercio, son enajenables, prescriptibles, renunciables, transigibles y, por consiguiente, su titular está facultado para disponer de ellos libremente[6].

B) *De forma*. Versan así mismo sobre las circunstancias de lugar, tiempo y modo de la transacción, aspectos que coinciden en muchos supuestos con el desistimiento.

[6] Cas. civ., sent., 3 octubre 1974, "G. J.", t. CXLVIII, pág. 274.

a) *Lugar*. Se sigue el principio general de que el escrito o petición por el cual se pide al funcionario judicial el reconocimiento de la transacción se dirige a quien esté conociendo del proceso, o sea, ante el de primera instancia, el de segunda o ante la Corte, si se está tramitando la casación.

Sin embargo, de manera similar al desistimiento, cuando la transacción ocurre estando surtiéndose la apelación interpuesta contra un auto y concedida en el efecto suspensivo, el *ad quem*, en el supuesto que se presente ante él, no puede pronunciarse sobre ella, pues su competencia está limitada para lo que es materia del recurso, y debe enviar la actuación al *a quo*, en el estado en que se encuentre, para que este la considere. No es viable en esta hipótesis presentarla ante el de primera instancia, porque este carece de competencia, en razón de habérsele suspendido desde que se ejecutoría la providencia que concede el recurso.

Situación diferente ocurre cuando la apelación se ha concedido en el efecto devolutivo o diferido, porque en estos casos actúa dos funcionarios y, por ello, se presenta ante el de segunda instancia, para que suspenda el trámite de la alzada, remita el expediente al inferior y este se pronuncie sobre la transacción. Nada impide, desde luego, que se presente ante el *a quo* y, en el mismo auto en que la reconozca, ordene que la decisión se comunique al superior, para que este le devuelva la actuación, previa declaración de cesación de la apelación.

b) *Tiempo*. A semejanza del desistimiento, es procedente presentar la transacción una vez dictada la sentencia, siempre que todavía no esté en firme o ejecutoriada, porque esta circunstancia envuelve la terminación del proceso.

El artículo 2478 del Código Civil es claro al respecto, pues sanciona con nulidad la transacción celebrada cuando el proceso esté *terminado* "por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada". Por tanto, es factible que la transacción ocurra durante la apelación de la sentencia o la casación, si hay lugar a este recurso.

El fundamento radica, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, en que es viable renunciar a los derechos que en el fallo se le reconocen, sin que implique atentado contra la cosa juzgada, que aún no existe, porque la modifica voluntariamente la parte favorecida, lo cual no es contrario a la ley[7].

Respecto a la transacción verificada después de ejecutoriada la sentencia, su validez queda condicionada a si las partes la celebraron con conocimiento o no de esa circunstancia. En el primer supuesto, si las partes sabían que la sentencia estaba ejecutoriada, tal acto será un contrato, que le resta efectos a la decisión judicial, lo cual es viable, sin que por ello se altere la cosa juzgada, porque el objeto de esta es evitar un segundo proceso con los mismos elementos, pero no es transacción, porque le falta uno de los requisitos esenciales, cual es servir de medio para darlè finalización al proceso. En el segundo caso, si

[7] Cas. civ., sent., 3 octubre 1943, "G. J.", t. LVIII, pág. 36.

hubo ignorancia de una o de ambas partes, existirá transacción, pero es nula, ya que el consentimiento (elemento propio del contrato) está afectado de error, circunstancia que podrá reclamarse en proceso separado destinado únicamente a ese fin, para, una vez decidido, con la copia de la respectiva sentencia, pedir la reanudación desde el momento en que se reconoció la transacción.

También, lo mismo que el desistimiento, la transacción requiere presentarla personalmente por los interesados, en igual forma a como se hace con el poder, a fin de darle autenticidad al acto. El artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con la modificación efectuada por el decreto 2282 de 1989, permitía presentar la transacción autenticada por cualquiera de las partes, pero su reconocimiento exigía que se diera traslado de ella a las restantes. Creemos que esa formalidad quedó abolida por el artículo 13 de la ley 446 de 1998, que le otorgó la presunción de autenticidad a los memoriales presentados por las partes y, además, porque no se justifica correr traslado cuando el documento contentivo de la transacción está autenticado.

c) *Modo.* La transacción, por disposición expresa de la norma, se hace por medio de escrito.

Al respecto existen dos modalidades: una, que en la petición se expresen los términos de la transacción; la otra, que a la solicitud que en tal sentido se formule al juzgado se adjunte en escrito separado el que contenga la transacción.

Cuando la transacción implica un acto de disposición o de cualquier otro tipo de relación con un inmueble, requiere para su efectividad, además, la correspondiente escritura pública y su respectivo registro.

## **10.** Clasificación

La transacción tiene varias modalidades, según el punto de vista que se tome.

A) *En cuanto a la materia sobre la cual versa*, es total o parcial.

a) Es *total* cuando recae sobre todos los puntos materia de la controversia, y, por consiguiente, le pone fin al proceso.

b) Es *parcial* si solo afecta algunas pretensiones, dejando otras pendientes, sobre las cuales el proceso sigue su curso. Presenta las siguientes variantes:

a') Si hay demanda de reconvención y la transacción recae sobre esta o respecto de la principal.

b') Si en la demanda hay varias pretensiones, transigiéndose solamente sobre algunas de ellas.

c') Si en el proceso ha intervenido un tercero principal, en la figura que se denomina tercería excluyente, verificándose transacción entre este y las partes o únicamente de estas.

B) *En cuanto a la oportunidad en que se realice*, es judicial o extrajudicial.

a) *Judicial* se celebra entre quienes ya tienen la calidad de partes, lo cual presupone la existencia de un proceso. Esta transacción es la propiamente dicha y que interesa al derecho procesal.

b) *Extrajudicial* cuando se realiza sin que esté en curso proceso alguno donde se controviertan las materias objeto de ella. Esta especie de transacción trata, precisamente, de evitar que se presente un proceso futuro; de ahí que la norma diga "para precaver uno eventual".

c) *Por lo referente al contenido de la transacción*, según la clasificación que trae el profesor HERNANDO MORALES[8]; puede ser pura, novatoria típica y novatoria atípica.

a') Pura, cuando se limita a distribuir entre las partes los derechos existentes sobre el bien.

b') Novatoria típica, cuando con ella se dispone del bien materia del litigio o controversia y se complementa con bienes distintos de propiedad de una de las partes.

c') Novatoria atípica si establece una nueva relación entre las partes.

### 11. EFECTOS

La transacción produce efectos semejantes al desistimiento, en cuanto a cosa juzgada y costas.

A) *Cosa juzgada*. Si bien los ordenamientos procesales guardan silencio al respecto, el Código Civil, que regula completamente la transacción, por su calidad de contrato, en forma expresa determina que ella hace efecto de cosa juzgada (art. 2483).

B) *Costas*. Difiere del desistimiento, por obvias razones, puesto que este es unilateral y la transacción es bilateral. En esta no hay lugar a costas, salvo que las partes acuerden lo contrario. En consecuencia, el silencio de los interesados al respecto se entiende como que no hay condena en costas.

## **Sección III**. *Conciliación*

### 12. CONCEPTO

Tratando de dar un concepto amplio de la conciliación, podemos decir que es un acto efectuado por las partes o presuntas partes, con intervención de un

[8] HERNANDO MORALES MOLINA, *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, 11ª ed., Santa Fe de Bogotá, ABC, 1991, pág. 493.

funcionario, en virtud del cual, mediante acuerdo total o parcial de lo que se controvierte, se le da finalización a un proceso o se evita uno futuro.

La ley 446 de 1998, contrariando lo que ha sido el criterio de ordenamiento procesal, que deja las definiciones a la doctrina y la jurisprudencia, la concibe en su artículo 64 como "un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionen por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador".

De conformidad con lo expuesto, se precisan los presupuestos de la conciliación y sus modalidades, lo mismo las diferencias que la separan de los otros dos medios anormales de terminación considerados antes, o sea, la transacción y el desistimiento.

## **13.** Requisitos

La conciliación exige unos requisitos de fondo y otros de forma.

A) *Requisitos de fondo*. Estos versan sobre dos aspectos: las personas entre quienes se celebra y la materia sobre la cual recaen.

a) Los de las *personas* se refieren a la calidad de partes o presuntas partes, su capacidad y legitimación.

a') La calidad de parte implica que se actúe dentro del proceso en esa condición y, además, que sea principal, como sucede con el demandante, demandado o tercero interviniente, excepto cuando se trata de coadyuvante.

Así mismo, según se colige de la definición, es factible realizar la conciliación previamente al proceso, en cuyo caso las personas que la realizan tienen la condición de presuntas partes.

b') La capacidad en la conciliación es igual que en la transacción, por la similitud de estas dos figuras, pues la diferencia esencial consiste en que la primera requiere la intervención del funcionario y la segunda, en cambio, se efectúa directamente entre las partes.

Por consiguiente, existe la misma incapacidad en lo relativo a las entidades de derecho público, personas naturales, curadores y apoderados. Para los curadores y las personas incapaces es necesario que obtengan la licencia judicial respectiva, que otorga el juez previo los trámites de un incidente y mediante la demostración del beneficio que ella le reporta al representado. Es factible, sin embargo, que las normas que regulan el fenómeno otorguen expresamente facultad a los representantes de los incapaces para conciliar, como ocurre en la jurisdicción agraria (decr. 2303 de 1989, art. 42).

c') La legitimación recae sobre quien tenga diferencias con otra persona acerca de una relación jurídica de carácter material, exista o no por esa causa un proceso en curso. En el litisconsorcio necesario requiere que emane de todos los litisconsortes.

b) Los *atinentes al acto mismo* y en particular al objeto sobre el cual recae, se contraen a que la pretensión sea incierta, su bilateralidad, la aceptación o renuncia del derecho reclamado y la intervención del funcionario.

a') *Que la pretensión sea incierta o discutida.* Esto implica que no proceda, al igual que la transacción, en los procesos ejecutivos, en los cuales, como tantas veces hemos observado, la pretensión es cierta y solo pretende su satisfacción.

Sin embargo, si en el ejecutivo se proponen excepciones de fondo, que controviertan la obligación cuyo recaudo se persigue, como surge una actuación de tipo declarativo, la cual, precisamente, tiene una estructura semejante a la de este proceso, incluida la sentencia, se abre la posibilidad de conciliar, si la norma establece esta actuación, como aconteció en nuestro medio en vigencia del artículo 102 de la ley 446 de 1998, derogado en la actualidad por el artículo 69 de la ley 794 de 2003.

b') *Es siempre un acto bilateral*, producto de las dos partes en contienda o entre quienes existen diferencias que puedan generar un proceso.

c') *Es un acuerdo entre las partes.* La conciliación es un acuerdo, entendido en su acepción más amplia, por lo cual comprende una amplia gama de situaciones. Es así como la conciliación se configura por la aceptación total de una parte a las pretensiones de otra, lo cual, en el fondo, constituye allanamiento; o bien una renuncia igualmente total, supuesto que, en esencia, entrañará un desistimiento. Además, uno y otro pueden ser parciales. También es factible optar por caminos intermedios, esto es, que haya renuncia en cuanto a lo pedido y se proponga una fórmula diferente, acogida por el oponente.

Para algunos expositores solo existe conciliación en el último supuesto, y los primeros serían modalidades del allanamiento o desistimiento, según el caso. No compartimos este criterio, pues es claro que por la forma como se llevan a cabo el desistimiento o el allanamiento, configuran la conciliación, a la cual, además —lo reiteramos— se le da la mayor amplitud. Por esta razón al definir la conciliación utilizamos el vocablo *acuerdo,* de amplio espectro, en el cual se incluye todo medio que permita zanjar las diferencias existentes entre las partes.

d') *La conciliación exige la presencia del funcionario.* El funcionario ante quien se efectúe la conciliación puede intervenir activamente y, por tanto, presentar fórmulas de acuerdo, sin que esto implique, en ningún caso, prejuzgamiento, porque no está profiriendo decisión.

El funcionario no necesariamente pertenece a la rama judicial, porque, como la conciliación puede efectuarse antes del proceso, es factible que a quien se le atribuya esa función pertenezca a otra rama del poder público, generalmente la administrativa, sin perjuicio, inclusive, que sea un simple particular, como sucede en nuestro medio con los centros de conciliación, que establece

el artículo 66 de la ley 23 de 1991, con la modificación efectuada por la ley 446 de 1998 y la ley 640 de 2001.

e') *Que el derecho o relación material sobre la cual recae la conciliación sea susceptible de renuncia.* Por esta razón la conciliación no procede sobre el estado civil de las personas, ni ciertos derechos que no admiten disposición, como acontece con el de alimentos. Empero, aclaramos que es el estado civil el que no admite conciliación, mas no los hechos que lo configuran. Es así, como, por ejemplo, en un proceso de filiación extramatrimonial y mediante la conciliación pueden aceptarse los hechos que configuran la causal, determinando con base en ella el consiguiente reconocimiento.

f') *Que la norma consagre o permita la conciliación.* La conciliación solo puede tener ocurrencia cuando la norma establece una audiencia con esa específica finalidad o permite realizarla a solicitud de cualquiera de las partes.

En nuestro medio primero tuvo aplicación la audiencia destinada a la conciliación en el campo laboral, aunque con carácter optativo, por considerarse que existía falta de ánimo en ese sentido por la inasistencia de cualquiera de las partes. Posteriormente el Código de Procedimiento Civil la adoptó con carácter forzado para ciertos procesos mediante el artículo 101, introducido por el decreto 2282 de 1989, extensible a la jurisdicción de familia, por observar esta los trámites previstos en aquel ordenamiento. El decreto 2303 de 1989 la implantó en el agrario, con características semejantes al civil. La ley 23 de 1991 la estableció de manera general en varias ramas, y fue reemplazada en algunas con la calidad de forzosa y con sanciones por inasistencia, por el decreto 2651 de 1991, sustituido por la ley 446 de 1998, de la cual, por virtud de la ley 640 de 2001 solo subsistió en el ejecutivo, si se proponen excepciones de mérito, pero fue derogado por el artículo 69 de la ley 794 de 2003. En materia penal el actual Código, ley 906 de 2004, de índole acusatoria, la consagra obligatoriamente, como requisito de procedibilidad, en los delitos querellables, conforme al artículo 522, entre el querellante y el querellado, y entre las partes en el incidente de reparación integral, como lo ordenan los artículos 103 y 104.

B) *Requisitos de forma.* Se refieren a las circunstancias de lugar, tiempo y modo.

a) *Lugar.* La conciliación se cumple ante el funcionario a quien el respectivo código de procedimiento le haya señalado o atribuido esa función, lo cual implica que sea una actuación esencialmente jurisdiccional. No pierde ese carácter porque el funcionario no pertenezca a la rama judicial, como acontece con los defensores de familia.

b) *Tiempo.* Para realizar la conciliación existen dos oportunidades, a saber:

a') La *preprocesal*, que se surte con antelación a la proposición del proceso, como lo requiere el artículo 3º de la ley 640 de 2001.

La ley 640 de 2001 la consagró como requisito de procedibilidad en todas las ramas, salvo cuando se presentan ciertas circunstancias, y en laboral, donde las normas pertinentes se declararon inexequibles.

b') La *procesal*, que ocurre en el curso del proceso y en la etapa que al efecto la ley señala, lo cual implica que el funcionario debe propiciarla, así no se logre.

c) *Modo*. La índole de la conciliación es propia de los procesos signados por el principio de la oralidad. Desde luego que esto no quiere decir que se excluya de los escritos, supuesto en el cual tiene que surtirse una audiencia con esa finalidad, como ocurre en el civil en los procesos donde opera la preliminar prevista en el artículo 101 del ordenamiento procesal.

Finalmente, observamos que la conciliación solo obra en los procesos expresamente establecidos por la ley.

## 14. Fundamento

Ya antes dijimos que la conciliación es un acto que solo se cumple con respecto a los litigios o controversias donde se den los presupuestos señalados por la ley y, en estos, por tanto, se surte una etapa destinada especialmente para ella, lo cual no significa que siempre se obtenga, pero, por lo menos, se intente.

El fundamento o la razón que tuvo el legislador para establecer la conciliación es tratar de obtener un arreglo entre las partes para ahorrar el respectivo proceso y evitar, entre otras cosas, las consecuencias que una actuación de esta índole implica. Hoy, la tendencia —imperante en muchas legislaciones modernas— es consagrarla en la mayoría de los códigos de procedimiento, excepto, desde luego, en los que, por su índole, no es viable, v. gr., en el pe-nal, aunque en este procede en algunos asuntos y con respecto a los perjuicios reclamados por la parte civil, que de lograrse, deja sin fundamento la acción penal.

## 15. Clasificación

La conciliación reviste varias modalidades, a saber:

A) *De acuerdo con la oportunidad en que se cumpla*, es procesal o preprocesal.

a) Es *procesal* cuando se efectúa después de haberse iniciado el proceso, mediante la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, hasta cuando precluye la oportunidad, conforme con lo expuesto antes.

b) La *preprocesal* se verifica con antelación al proceso y como medio de prevenirlo.

B) *De conformidad con la iniciativa*, es provocada o espontánea.

a) La *provocada* se presenta cuando la norma destina una etapa del proceso expresamente para ello, por lo cual el funcionario no solo la decreta de oficio, sino que procura encontrar la fórmula que permita obtenerla.

b) La *espontánea* se da cuando las partes, por propia iniciativa, le solicitan al juez que fije una audiencia con esa finalidad.

C) *Respecto de la materia sobre la cual recaiga*, es total o parcial.

a) Es *total* cuando recae sobre todos los aspectos que constituyen diferencia entre las partes. Decimos aspectos que constituyen diferencia y no simplemente pretensiones, porque en cuanto a estas es posible que solo exista conformidad parcial, manifestada incluso por un acto procesal diferente, como es la aceptación del demandado.

b) Es *parcial* cuando solo versa sobre algunos puntos de la controversia. Esta variante presenta las siguientes situaciones:

a') Si hay varias pretensiones y se aceptan o renuncian solo algunas.

b') Si existe demanda de reconvención y la conciliación se presenta únicamente con respecto a esta o con la demanda principal.

En estas hipótesis, la conciliación extingue el proceso en lo que es materia de ella, pero continúa sobre lo restante. No se descarta, sin embargo, que una conciliación parcial le dé fin al proceso, como sucedería cuando una parte acepta los reclamos de la otra y esta a su vez renuncia a los restantes.

D) *Respecto de la forma como se resuelva*, se clasifica en derecho o equidad.

a) Es *en derecho* cuando el acuerdo se funda en lo que al respecto consagre el ordenamiento positivo.

b) Es *en equidad* si el convenio se obtiene prescindiendo de lo que consagre la norma sobre el punto materia de la disputa o diferencia y se funda en la conciencia.

E) *Según el funcionario ante quien se lleve a cabo*, es judicial o extrajudicial.

a) La *judicial* se celebra con la intervención de un funcionario que pertenece a esa rama, la cual, a su vez, puede realizarse antes o en el curso del proceso.

b) La *extrajudicial* se realiza ante un funcionario que no pertenece a la rama judicial, lo cual significa que forma parte de otra, como la administrativa, o, simplemente ante particulares, a quienes la ley le ha investido de la función conciliadora, como es la celebrada en los centros de conciliación, reconocidos por el artículo 66 de la ley 23 de 1991 y por los artículos 10 y 11 de la ley 640 de 2001. Esta modalidad de la conciliación necesariamente es extraprocesal.

## 16. CARACTERÍSTICAS

La conciliación tiene ciertas peculiaridades que la distinguen de otro fenómeno semejante, la transacción, las cuales consisten en las siguientes:

A) *Es un acto jurisdiccional.* Es un acto jurisdiccional, sin consideración al funcionario que lo lleve a cabo, esto es, que incluye a los administrativos, e incluso, a los particulares a quienes se le atribuya esa función, puesto que el acuerdo logrado por las partes, al aprobarse, queda revestido de cosa juzgada, calidad propia de ese tipo de decisiones.

Descartamos la condición de acto procesal que le habíamos asignado o reconocido en nuestras anteriores ediciones, puesto que si bien la tiene cuando se surte dentro de un proceso, no acontece lo propio si es fuera del mismo y, particularmente, con la intervención de funcionario o persona que no pertenece a la rama judicial.

B) *Es un acto complejo.* Obedece a que está constituido por varios actos, porque, de un lado, es el acuerdo de las partes, y, de otro, el del funcionario que lo aprueba, para darle efectividad.

C) *Es un acto bilateral*, no solo porque emana de las dos partes, sino porque requiere la recíproca voluntad o acuerdo de ellas. Esto implica, al igual que la transacción, cumplir con los requisitos que el ordenamiento sustancial civil consagra para celebrar actos jurídicos, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa, pero, a diferencia de ella, no está supeditada a renuncia recíproca de derechos.

D) *Es solemne.* La conciliación no solo requiere el acuerdo de voluntades de las dos partes, sino que es necesaria la aprobación del funcionario ante quien se lleva a cabo y que se suscriba la correspondiente acta, la cual, por tanto, constituye el medio idóneo para probarla.

## 17. EFECTOS

La conciliación surte los efectos de los fenómenos anteriores, sobre todo de la transacción, o sea, estar revestida la decisión de *cosa juzgada* y no da lugar a imposición de costas, salvo que las partes, de común acuerdo, prevean lo contrario.

La conciliación implica la terminación del proceso y, por lo tanto, si de ella surgen obligaciones para las partes y no se cumplen voluntariamente es necesario acudir al ejecutivo, que es la vía indicada. Así, por ejemplo, si se pactó transferir la propiedad de un bien inmueble y el obligado no suscribe la correspondiente escritura pública en la fecha convenida, es necesario acudir al ejecutivo para que el juez lo haga en nombre de aquel.

Como consecuencia de la cosa juzgada que reviste la conciliación, cierra la posibilidad de volver a plantear los puntos materia de la controversia entre las mismas partes y por igual causa en un proceso judicial. En el supuesto que esto suceda, al igual que cuando media o precede sentencia, el demandado puede proponer con éxito la excepción de cosa juzgada e, incluso, el juez declararla de oficio en la sentencia.

De acuerdo con lo expresado anteriormente, la conciliación es un contrato y, por tanto, sujeto a las formalidades o requisitos propios de esta figura jurídica. Es factible que el acuerdo conciliatorio esté afectado por cualquiera de los vicios que determinan o implican su nulidad. En tal supuesto, ese aspecto se ventila en proceso separado, destinado a esa específica finalidad, pero el camino que se debe seguir es diferente, según la conciliación se surta antes o dentro del proceso.

En efecto, en el primer caso, cuando es preprocesal, como no hay proceso en curso, se impone adelantar uno para controvertir los aspectos objeto del acuerdo conciliatorio. En cambio, en el segundo, si es procesal, al declararse la nulidad de la conciliación, se reanuda el proceso en el que ella se produjo.

## **18.** La conciliación y el desistimiento

La conciliación se asemeja al desistimiento cuando se produce en virtud de renuncia de las pretensiones, pero se diferencia de este en que se verifica mediante acuerdo de los interesados y con intervención del funcionario. De otra parte, el desistimiento implica condena en costas, salvo que las partes disponga otra cosa, mientras que la conciliación no.

## **19.** La conciliación y la transacción

Entre la conciliación y la transacción existen varios aspectos comunes, entre ellos los siguientes:

A) Ambas requieren el acuerdo de las partes.

B) Pueden verificarse con antelación al proceso o en el curso de este.

C) Es factible que recaigan sobre una parte o la totalidad del derecho o relación material discutida en el proceso.

D) Versan sobre derechos o relaciones inciertas.

E) Producen similares efectos en cuanto a la cosa juzgada y no determinan imposición en costas.

F) Son medios para darle fin al proceso o evitar uno futuro.

**20.** DIFERENCIAS ENTRE LA TRANSACCIÓN Y LA CONCILIACIÓN

De otro lado, entre estas dos mismas figuras hay varias diferencias, saber:

A) La transacción se verifica por acuerdo directo que realizan las partes, mientras que la conciliación requiere la intervención del funcionario.

B) La transacción presupone, como requisito esencial, la renuncia recíproca de pretensiones o las concesiones mutuas de las partes, al paso que la conciliación puede presentarse por aceptación de una parte de lo que la otra reclama o en virtud de la renuncia de esta a su pedimento.

C) La transacción es esencialmente voluntaria o espontánea, puesto que las partes, por su propia iniciativa, la llevan a cabo; en cambio, la conciliación es generalmente provocada por el funcionario en la etapa destinada al efecto.

## **Sección IV**. *Perención*

**21.** CONCEPTO

El vocablo perención proviene de *perimere*, *peremptum*, que significa 'extinguir', 'destruir', 'anular'. En su acepción natural equivaldría a extinción del proceso. Se concibe como uno de los modos anormales de terminación del proceso en virtud de la inactividad de este durante cierto tiempo, circunstancia ocasionada por la conducta pasiva del actor.

**22.** OBJETO

La perención tiene por objeto evitar que los procesos tengan un carácter indefinido, para que se reduzcan a sus estrictos términos. Las razones se sintetizan en tres aspectos esenciales, a saber:

A) *Social*, por cuanto a la colectividad le interesa la convivencia entre sus miembros y evitar que las disputas que surjan se mantengan latentes, porque el proceso es, precisamente, el instrumento ideado para resolverlas.

B) *Individual*, puesto que se refiere a las personas que asumen la calidad de partes, a fin de dar certeza a sus derechos o relaciones jurídicas.

C) *Estatal*, que tiende a que la actividad desplegada por la rama judicial no se distraiga en procesos para los cuales se considera no existe interés en que sean resueltos[9].

[9] ADOLFO E. PARRY, *Perención de la instancia*, 3ª ed., Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Omeba, 1964, págs. 21 a 26.

## 23. Fundamento

En todas las ramas del derecho procesal se ha consagrado el impulso como una labor propia del funcionario judicial, que realiza con la ayuda básica del secretario, puesto que a este le corresponde velar por el cumplimiento de los términos, debiendo al efecto pasar el expediente al despacho del juez para que este profiera la providencia tendiente a darle curso normal al proceso.

Sin embargo, no siempre el funcionario cumple esta función; en unos casos, los más, por recargo de trabajo, y, en otros, los menos, porque la naturaleza del acto que corresponde realizar descarta el que pueda decretarse de oficio, correspondiéndoles entonces a la partes, concretamente al demandante, quien promueve el proceso, formular la petición tendente a que el juez actúe. Si el demandante guarda silencio, se presume que no tiene interés en el proceso, considerándose esa conducta como un desistimiento tácito de su pretensión, aspecto en el cual, precisamente, encuentra su fundamento la perención.

### **Subsección I.** *En los procesos contenciosos*

## 24. Requisitos

La perención en nuestro ordenamiento positivo solo subsiste en el contencioso administrativo, por cuanto en el civil, donde tenía una reglamentación completa, fue abolida por la ley 794 de 2003, inexplicablemente, pero acogida en el ejecutivo, que analizaremos posteriormente. Sus requisitos, de conformidad con el criterio general que rige el fenómeno, son los siguientes:

A) *La existencia de un proceso en primera instancia.* Este requisito implica que el proceso curse en primera o única instancia y que la relación jurídica procesal esté integrada por haberse vinculado la parte demandada.

En consecuencia, la perención obra desde la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda hasta que se profiera la correspondiente sentencia.

B) *Que se trate de procesos de conocimiento.* Obra exclusivamente en los procesos de conocimiento, de naturaleza contencioso administrativa, excluido el de nulidad, por la trascendencia que tiene la decisión que se profiera al respecto.

No obstante tratarse de procesos de conocimiento, quedan exentos en los que interviene una entidad de derecho público (nación, departamento o municipio o entidades descentralizadas) en calidad de demandante, como lo preceptúa expresamente el artículo 148 del Código Contencioso Administrativo, con

base en que —como bien advierte HERNANDO MORALES[10]— sus representantes, por el carácter de funcionarios que tienen, no están en condiciones de atender continuamente las vicisitudes del proceso.

C) *Inactividad procesal.* Este requisito consiste en que haya cesación de toda actuación procesal.

Cabe preguntar si cualquier clase de gestión que realice la parte, así no tienda a darle curso al proceso —como es el desglose, las copias, un poder, etc.—, basta para interrumpir la perención.

En vigencia del antiguo Código de Procedimiento Civil hubo dos criterios opuestos, sustentados por nuestros más destacados procesalistas. Para el profesor MORALES MOLINA[11], cualquier gestión era suficiente; en cambio, para DEVIS ECHANDÍA[12], de acuerdo con la mayoría de los tratadistas, las únicas idóneas eran aquellas que tendían a obtener un curso normal del proceso.

Este último criterio, desde luego, es el que más se adapta al fenómeno; pero no fue el consagrado en la ley, porque al preceptuar el inciso 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil que "*el expediente permanezca en secretaría*" no admite interpretación alguna, y, en consecuencia, basta cualquier petición, sin considerar la parte de quien provenga, por cuanto esta determina que el proceso ingrese al despacho del funcionario para que la considere, produciéndose así el cese de la inactividad procesal. Además, este criterio es el que se aplica en el contencioso administrativo por mandato del artículo 148.

Se colige de lo anterior que el solo hecho de la entrada del expediente al despacho del juez, hace cesar la inactividad, así ella no se produzca como consecuencia de la petición de parte, sino de oficio por el secretario, con fundamento en el impulso procesal que la ley le ha impuesto, pues, aun cuando esa actuación no es un acto procesal, sí produce la salida del proceso de la secretaría, cuya permanencia en esta es uno de los requisitos necesarios para que se configure la perención.

No ocurre el requisito de la inactividad, así no se verifique acto alguno, cuando ella es consecuencia de la orden proferida por el juez, o bien porque obre en virtud del solo mandato legal, como acontece con la suspensión e interrupción del proceso. Tampoco se presenta —en nuestra opinión— cuando el acto que normalmente se lleva a cabo le corresponde a la secretaría y esta se abstiene de realizarlo. La razón de este criterio estriba en que la perención

[10] HERNANDO MORALES MOLINA, *Curso de derecho procesal civil*, 11ª ed., Bogotá, ABC, 1991, pág. 500.

[11] HERNANDO MORALES MOLINA, *Curso de derecho procesal civil*, 4ª ed., Bogotá, Ediciones Lerner, 1960, pág. 421.

[12] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal civil*, Bogotá, Edit. Temis, 1963, pág. 447.

es una sanción a la parte por su inactividad, la cual no existe en este supuesto, pues ella ha cumplido con lo de su cargo.

D) *Transcurso del plazo.* Expresamente la norma fija siempre el plazo necesario para que se surta la perención, que se cuenta a partir de la última notificación o diligencia realizada. Entonces, por ejemplo, si la providencia fija para cierto día una diligencia y esta no se realiza, el término empezará a contarse desde la notificación de aquella. Si la diligencia se efectúa en varios días, comenzará a partir del día siguiente a la finalización de ella. Así mismo, cuando es necesario efectuar varias notificaciones, se toma como punto de partida el día siguiente al de la última.

Como el término es de meses, conforme lo dijimos al tratar de estos, quedan incluidos los inhábiles o de vacancia, contándose, por consiguiente, según el calendario.

De acuerdo con lo ya expuesto, el término se interrumpe por la solicitud que formule cualquiera de las partes o porque el juez, de oficio, deba actuar y el secretario, al efecto, ingrese el expediente al despacho.

E) *Que permanezca en la secretaría del órgano judicial donde cursa el proceso.* El requisito no se cumple si el expediente se encuentra en otro sitio, así transcurra el plazo señalado para producir la perención, como cuando se halla al despacho del funcionario para que profiera cualquier providencia, o en poder de las partes o de un tercero a fin de realizar determinado acto procesal. En estos supuestos no existe inactividad, porque el expediente se les entrega a dichas personas para que surtan una actuación y, por tanto, lo que puede ocurrir es un retardo en su cumplimiento, el cual genera sus propias consecuencias.

F) *Declaratoria del funcionario.* La perención no obra *ope legis*, sino *ope iudicis*, esto es, que para su efectividad exige una providencia del juez.

Cumplidos los presupuestos, el secretario, con el informe de que se han surtido los otros requisitos, particularmente el tiempo, la pasa al despacho del juez, para que, mediante auto interlocutorio, se pronuncie sobre ella.

Desde luego que, si una vez estructurada la perención, el demandado, interesado en ella, no formula la correspondiente solicitud, sino que lo hace sobre otro aspecto, así este no tenga por objeto surtir una actuación propia del trámite normal del proceso, como serían las copias, el desglose, etc., automáticamente se interrumpe el término y, por ende, hay una renuncia tácita a la perención, la cual solo vuelve a presentarse una vez se produzcan de nuevo los requisitos que la configuran.

## **25.** Efectos

La perención, en general, como fenómeno de la teoría del proceso, además de darle fin al proceso, produce las siguientes consecuencias:

A) *Impide que se vuelva a proponer un nuevo proceso hasta después de cierto tiempo establecido por la norma*, término que empieza a contarse a partir del día siguiente a la notificación del auto que la decrete o, si es apelado, del que ordena obedecer y cumplir lo resuelto por el superior.

Sin embargo, en el Código Contencioso Administrativo, donde continúa vigente, el artículo 148, que la consagra y regula, nada dice al respecto, lo cual significa que nada impide que, decretada y en firme la correspondiente providencia, pueda instaurarse de nuevo el mismo proceso.

B) *Si en el segundo proceso se vuelve a incurrir en perención, se extingue el derecho material invocado por el demandante*. Asimismo, como fenómeno de la teoría del proceso, es decir, como fenómeno en general, por cuanto esa sanción no obra en el Código Contencioso Administrativo, donde subsiste, se utiliza el vocablo de *extinguir*, que significa acabar o desaparecer. Esto quiere decir que la declaración de perención por segunda vez equivale, en el fondo, a una sentencia adversa, por cuanto cierra la posibilidad de reclamar con éxito el derecho en un nuevo proceso.

C) *No se interrumpe el término de prescripción o de caducidad*. Con la presentación de la demanda o la notificación del auto admisorio, según el caso, se interrumpe la prescripción que corre con respecto al derecho material invocado por el demandante, según lo expresamos en su oportunidad. Asimismo se interrumpe la caducidad, que implica ejercer la acción dentro de un lapso determinado. De acuerdo con la teoría del proceso, esas actuaciones cumplidas dentro del proceso en que se decreta la perención, no interrumpen la prescripción o la caducidad, lo que equivale a decir que estas no se han efectuado. Sin embargo, en el contencioso administrativo, donde —reiteramos— subsiste, esto no obra, como lo anotamos anteriormente, por disposición expresa de su artículo 148.

D) *La condena en costas al demandante*. Entraña la imposición en costas al demandante como consecuencia de la declaración de perención. Además, también se le condena a pagar los perjuicios cuando, como consecuencia de la perención, se levantan las medidas cautelares practicadas, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 687, numeral 6, del Código de Procedimiento Civil.

E) *Las pruebas practicadas mantienen su eficacia*. La perención no afecta en forma alguna las pruebas practicadas en el proceso perimido, siempre, desde luego, que no existan causales que las invaliden. Es factible, por ende, trasladar las pruebas del proceso perimido al segundo que se inicie, sin necesidad de controvertirlas, por haberse practicado con intervención de las mismas partes.

## Subsección II. *En los procesos ejecutivos*

### 26. Evolución

En los ejecutivos, de acuerdo con el texto original del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, por la naturaleza de su pretensión, que solo procura obtener su efectividad, no era viable la perención, porque ello implicaría el desconocimiento de un derecho que ya es cierto e indiscutido, sino que se daba otro fenómeno, el cual, si bien era semejante en cuanto a los requisitos, difería en los efectos, pues estos consistían en levantar las cautelares vigentes en ese momento y en la prohibición de volver a afectar los mismos bienes hasta después de transcurrido un plazo determinado, denominado *abandono*.

Sin embargo, en el ejecutivo con título hipotecario no había lugar al abandono, por cuanto, como lo que se persigue es el bien afecto al gravamen para cancelar con el producto de su remate la obligación, si se levantara la medida cautelar sobre este el proceso quedaría sin respaldo.

Anotamos que esa regla no se refería solo al proceso ejecutivo con título hipotecario, sino también al singular cuando en él se afecta con medidas cautelares un bien afecto a gravamen e interviene el respectivo acreedor para hacer valer su derecho. *A contrario sensu*, si al ejecutivo corriente no interviene el acreedor titular del crédito gravado con hipoteca, al configurarse el abandono se levantan las cautelares que afectan el bien sobre el cual recae la garantía. Aunque el acreedor hipotecario haya intervenido al proceso, es factible que se configure el abandono y surta sus efectos, esto es, se levanten las medidas cautelares, pero solo con respecto a bienes distintos del gravado con hipoteca.

En el ejecutivo, sin embargo, era viable la perención con respecto a las excepciones de mérito o de fondo propuestas por el ejecutado, porque ellas entrañan una actuación propia de los procesos de conocimiento, imponiéndose, por tanto, aplicar las reglas previstas para estos, entre las cuales estaba ese medio anormal de ponerles término. Empero esa perención determinaba la sola la finalización de las excepciones, mas no del ejecutivo, que continuaba su curso para obtener la satisfacción del crédito del acreedor.

La ley 794 de 2003 en su artículo 70 derogó el artículo 346 del Código de Procedimiento y con ello dejó sin vigencia el levantamiento de las cautelares que obraban en el ejecutivo en lugar de la perención. Posteriormente la ley 1194 de 2008 adoptó el desistimiento tácito, con las modalidades que luego analizaremos y con operancia en el ejecutivo, pero reemplazó en este por la perención, consagrada mediante la adición efectuada al artículo 209 de ley 270 de 1996 por el artículo 23 de la ley 1285 de 2009.

**27.** REQUISITOS

Son varios los presupuestos o requisitos para que obre la perención en el proceso ejecutivo, a saber:

A) *Naturaleza del proceso.* Aun cuando puede aparecer redundante mencionar este requisito, después de lo expuesto, cabe resaltarlo, porque para que opere la perención es esencial que se trate de un proceso ejecutivo y, lo que es más importante, que la norma no consagra limitación alguna en cuanto a las ramas donde corresponde declararla, por lo cual, en principio obra en todas. Sin embargo, se excluye el contencioso administrativo cuando la entidad pública actúa como ejecutante, por el criterio que a este respecto ha consagrado el código de la materia.

B) *Inactividad.* En el proceso ejecutivo, a diferencia del de conocimiento, el impulso para su desarrollo prácticamente recae sobre el ejecutante, salvo, desde luego, ciertas actuaciones que corresponde adelantarlas de oficio al despacho judicial, como ocurre con el vencimiento del término para proponer excepciones y la sentencia que corresponde proferir a continuación para ordenar seguir adelante la ejecución.

La norma no indica la instancia en que puede presentarse la inactividad, aunque lo usual es que sea en la primera o única, pero no se descarta la segunda, cuando es consecuencia de la apelación surtida a instancia del ejecutante. Sin embargo, la disposición no toma en cuenta únicamente el proceso propiamente dicho, cuando la relación procesal se ha integrado, sino también abstenerse de efectuar gestiones pertinentes para obtener la notificación del mandamiento de pago al ejecutado o ejecutados, según el caso. Esto quiere decir que, sin son varios los ejecutados, es indispensable que todos estén notificados, pues la omisión respecto de cualquiera de ellos configura la perención.

C) *Permanencia del proceso en secretaría.* La inactividad requiere que el expediente permanezca en la secretaría del despacho por una causa diferente al cumplimiento de un mandato legal, como sucede con la suspensión, o cuando la gestión no depende del ejecutante, sino de la secretaría, que oficiosamente debe entrar el asunto al despacho del juez, o de la realización de un acto por un tercero, como ocurre con el dictamen pericial.

D) *Término de inactividad.* Al hablar la disposición de meses, se entiende que son calendario y empiezan a contarse, de acuerdo con la regla existente al respecto, a partir de la última notificación o gestión realizada.

E) *Sujeto activo de la sanción.* La perención en el ejecutivo sanciona exclusivamente a la parte ejecutante por no cumplir con la carga procesal de darle impulso al proceso.

F) *Declaración judicial.* La declaración de perención, al igual que en los procesos de conocimiento, no obra *ope legis*, sino *ope judicis*, esto es, que re-

quiere el pronunciamiento judicial, que puede proferirse de oficio o a solicitud del ejecutado, quien es el beneficiado con la medida.

Cabe observar cuando es el ejecutado quien toma la iniciativa para que se decrete la perención, que esa solicitud debe quedar referida exclusivamente al pronunciamiento sobre la sanción, para descartar la notificación por conducta concluyente que consagra el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, cuando ella no se ha surtido. Empero, si con antelación a formular tal petición, se presenta poder para actuar a nombre del ejecutado, queda cerrada la posibilidad de decretar la perención, porque esa gestión entraña notificación por conducta concluyente y, además, desaparece la inactividad porque el expediente debe entrar al despacho del juez. En el supuesto que el ejecutado solicite la perención y, además, otra actuación cualquiera, como esta hace cesar la inactividad, surge el interrogante si ella cierra la posibilidad de pronunciarse sobre aquella. Consideramos que debe prevalecer lo fundamental, que es la perención y, por tanto, declararla, prescindiendo del otro pedimento, excepto que sea accesorio, como ocurre con la solicitud de copias.

Es incuestionable que la norma sobre perención modifica el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto este otorga un término de un año, esto es, doce meses, para notificar el mandamiento ejecutivo y con ello interrumpir la prescripción e impedir que se produzca la caducidad, mientras aquella prácticamente lo reduce a nueve meses, que es el plazo requerido para declararla.

La providencia judicial que corresponde proferir al efecto es un auto, en él decreta la perención y ordena devolver la demanda al ejecutante, con sus correspondientes anexos. El auto que se pronuncia sobre la perención es susceptible de apelación, que se surte en el efecto suspensivo, si la concede, y en el devolutivo, si la niega.

## **28.** EFECTOS

La perención en el ejecutivo produce los siguientes efectos:

A) *Terminación del proceso.* Esta es la consecuencia primordial de la declaratoria de perención, que se produce una vez en firme la providencia que al efecto se pronuncie.

B) *Levantamiento de medidas cautelares.* Esta decisión se impone cuando se hubiesen practicado medidas cautelares, lo cual determina, como secuela, que se condene al ejecutante en costas y a pagar los perjuicios ocasionados con ellas.

C) *Permite volver a instaurar el proceso.* La perención determina la finalización del proceso, pero, a diferencia de la que podemos denominar propiamente dicha, que supedita la posibilidad de instaurar un nuevo proceso solo después de transcurrido cierto tiempo, y, si en el segundo se vuelve a presen-

tar, produce la extinción del derecho, en el ejecutivo la norma no dice nada al respecto, por lo cual es factible volver a presentarlo inmediatamente, aun cuando se haya decretado en cualquier otro proceso instaurado posteriormente.

D) *No interrumpe el término de prescripción.* La disposición nada dice al respecto y, en principio, por ello, podría considerarse que esta sanción no obra, por cuanto para que ello ocurra se requiere consagración expresa; sin embargo, sí produce esas consecuencias, por dos razones. De una parte, si se decreta sin producirse la notificación del mandamiento de pago al demandado, la situación equivale a no haberse instaurado el proceso, por lo cual el tiempo transcurrido durante este continúa obrando la prescripción. De otra parte, cuando ya el ejecutado se ha notificado del mandamiento ejecutivo, si bien este acto interrumpe la prescripción, como la perención, en el fondo, es un desistimiento y este, de conformidad con lo preceptuado por el numeral 1º del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, determina que no la interrumpa, es incuestionable que se produce el mismo efecto de la situación anterior. Desde luego que, en uno y otro caso, hay que tomar como referencia para contabilizar el término de prescripción el momento en que esta empieza a correr y que solo se interrumpe si antes de vencer se presenta la nueva demanda ejecutiva y se notifica el correspondiente mandamiento pago.

## **Sección V.** *Desistimiento tácito*

### **29.** Concepto

Como ya se dijo, la perención desapareció de nuestro ordenamiento positivo, excepto en el contencioso administrativo y en los procesos ejecutivos, pero se reemplazó por una figura semejante, el denominado desistimiento tácito, consagrado por la ley 1194 de 2008, que modificó el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y que es en una sanción que se impone al actor, consistente en ponerle término a la actuación que originó. Empleamos el vocablo *actor*, entendido en el sentido que corresponde, esto es, quien instaura la actuación, por cuanto no se limita al demandante, sino que su connotación es mayor y sus efectos más amplios que la perención.

### **30.** Requisitos

A) *Existencia del proceso.* Hablamos de existencia del proceso en sentido amplio, por cuanto no implica que se haya notificado la demanda al demandado, porque, precisamente, la sanción, entre otras, se consagra por no notificársela oportunamente, por cuanto no se supedita a un plazo determinado. Las otras modalidades que configuran el desistimiento tácito ocurren ya cuan-

do el proceso se encuentra en curso, por haberse integrado la relación jurídica procesal, esto es, ya vinculada la parte demandada.

B) *Naturaleza del proceso.* Al reglamentar la figura del desistimiento tácito la norma no se refiere a ningún proceso en particular, por lo cual podría pensarse que tiene aplicación en todos; sin embargo, en el artículo 2º de la citada ley 1194 de 2008, los limita a los de naturaleza civil y de familia. Además, dentro de estos, en el parágrafo 1º del artículo 1º de la susodicha ley, establece que la figura no tendrá aplicación en contra de los incapaces cuando carezcan de apoderado judicial.

Al limitar a los civiles y los de familia, significa que comprende tanto los de carácter contencioso, como los de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, incluye no solo los que habían sido excluidos de la perención en el artículo 346 original del Código de Procedimiento Civil, como es el divisorio, el deslinde, la sucesión por causa de muerte, los de jurisdicción voluntaria y la liquidación de sociedades, sino también el ejecutivo en sus dos variantes de singular e hipotecario.

Consideramos que al no excluir la norma estos procesos contraría el criterio que tuvo en consideración para consagrar el desistimiento tácito, por cuanto este constituye una sanción para el actor (quien promueve el proceso o la actuación), lo que no ocurre en los mencionados, puesto que la naturaleza del pedimento implica que las dos partes tengan recíprocos intereses.

La ley 1194 de 2008 consagró, como lo expresamos, la excepción en los procesos en donde el incapaz no esté representado por apoderado, porque no está en condiciones de ejercer su derecho de defensa, pero no dijo nada, como sí lo hacía el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, cuando la parte que puede ser afectada con el desistimiento tácito está constituida por la nación, un departamento o un municipio.

Podría pensarse que la omisión con respecto a la nación, departamento y municipio obedeció en consideración a que cuando estos entes intervienen como partes el proceso es de competencia del contencioso administrativo, donde existe norma expresa sobre la perención, pero también hay derechos que atañen a ellos y, sin embargo, son de competencia de la rama civil, con fundamento en lo estatuido en el numeral 1 del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, consideramos que, como el artículo 343 del Código de Procedimiento, tanto en su disposición original como con la modificación efectuada por el decreto 2282 de 1989, en su numeral 4, prohíbe desistir a la nación, departamentos y municipios, salvo que hayan sido autorizados por el gobierno nacional, el gobernador o el alcalde, respectivamente, como lo dispone el artículo 341 ibidem, debe hacerse extensiva al desistimiento tácito.

Al concretarse a los mencionados procesos civiles y de familia, quedan descartados los agrarios, que, de otra parte, tienen reglamentación procesal pro-

pia mediante el decreto 2303 de 1989, asimismo los contenciosos administrativos, por la misma razón y, además, fundamentalmente, porque tienen su reglamentación, en donde obra la perención, como lo expresamos en su oportunidad. Asimismo las acciones populares que consagra la ley 472 de 1998 y que son de competencia de la jurisdicción civil cuando no se dirigen contra un ente público o particular investidos de esas funciones, por cuanto no es el interés de quien lo promueve, sino de los derechos colectivos que están en cabeza de la comunidad y que son vulnerados. Empero surge el interrogante en relación con los comerciales, que se ventilan por las vías reguladas por el Código de Procedimiento Civil[13].

En relación con ese aspecto, es incuestionable que, como la norma habla de la naturaleza de proceso, la cual está determina por el derecho sustancial contenido en la pretensión, puede concluirse que los actos o relaciones regidas por la legislación mercantil quedan sustraídos del desistimiento tácito.

Al respecto el Código de Comercio consagra un criterio objetivo al enunciar que tienen carácter mercantil las actuaciones enunciadas en su artículo 20, pero sin que ello implique limitación, porque tal enumeración, conforme el artículo 24, no es taxativa.

En efecto, el Código de Comercio en consideración al criterio objetivo enuncia en su artículo 20 cuáles son los actos mercantiles y en el artículo 23 los excluidos de esa calidad. Aun cuando la enumeración de unos y otros, conforme lo establecido por el artículo 24, es declarativa y no limitativa, es incuestionable que tal enunciación determina la naturaleza del acto. En otros términos, los enunciados como de comercio, son de naturaleza mercantil, mientras que los excluidos son del ámbito del civil. Sin embargo, hay actos que, aun cuando enunciados en la enumeración legal como mercantiles, su condición depende de la actividad desplegada por el sujeto, por lo cual es factible que escapen a esa condición y caigan en el ámbito civil[14].

[13] Sent. Consejo de Estado, Sala Contencioso, Seccion 3ª, 10 julio 2003, Rad. 2002-00183, Ponente Dr. German Rodríguez Villamizar.

[14] "Por eso es necesario, como acontece con cualquier estatuto normativo de carácter especial o singular, que él mismo se ocupe de fijar la clase de relaciones a las cuales les es aplicable, y a este objetivo tienden sin duda alguna, por lo que al Código de Comercio vigente en el país concierne, un buen número de sus disposiciones de entre las que aquí importa destacar los arts. 10, 11, 20, 21, 22, 23, 24 y 100 de dicho cuerpo legal, habida cuenta que son ellos los que de manera general por lo menos, van a permitir saber, en cada caso particular, si el negocio, contrato u operación de que se trata da origen o no a un verdadero «asunto mercantil», independientemente de la calidad subjetiva de empresarios individuales o sociales (comerciantes) que tengan quienes participaron en su celebración o en su ejecución, esto por cuanto no es esa calidad, contra lo que podría suponerse sin mayor estudio del tema, el único elemento que permite reconocer el acto de comercio y calificarlo como tal para los muchos conceptos en que hacerlo es cuestión jurídica prioritaria. En efecto, adoptando este criterio que predomina en las legislaciones modernas, el art. 11 del C. de Co. colombiano pone de presente con

C) *Actuaciones afectadas.* El desistimiento tácito tiene una connotación mayor que la perención, por cuanto afecta no solo al proceso en sí considerado, según se infiere de la redacción del precepto, por cuanto habla del trámite de la demanda, esto es, su actuación posterior, sino que comprende cualquier otra actuación promovida a instancia de parte, entre las cuales menciona la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía y el incidente. Se excluye la notificación del mandamiento ejecutivo, por cuanto se le aplica es la perención, que tiene regulación expresa, como lo expusimos anteriormente.

Como no existe límite alguno en la actuación, significa que procede en los recursos extraordinarios de casación y revisión, y en el ordinario de apelación, donde ofrece ciertas condiciones adicionales para su viabilidad, por cuanto generalmente implica solo la terminación de la segunda instancia, razón por la que lo analizamos separadamente.

D) *Desistimiento tácito en la apelación.* Los requisitos para que se configure son los mismos que se exigen para el desistimiento tácito en general, pero se agregan otros específicos, a saber:

a) *La existencia de la segunda instancia*, que se surte como resultado de la apelación y que queda comprendida entre la primera providencia que dicta el superior y la que decide el recurso.

b) *Que la apelación sea de un auto o de una sentencia.* Se distingue la manera como obra el desistimiento tácito en materia de autos, de acuerdo con el efecto en que se surta la apelación. Si es en el suspensivo, la inactividad ante el superior, quien es el único que conoce del proceso, junto con los demás requisitos establecidos por la ley, determina el desistimiento tácito de la segunda instancia y, en consecuencia, que quede en firme la providencia recurrida. Cuando es en el devolutivo o diferido, en nuestro sentir basta que los requisitos se den ante el *ad quem*, así no se presenten ante el *a quo*, para que se configure el fenómeno, pues esto se refiere a la segunda instancia, que es una actuación determinada, y no al proceso, que es el todo.

Por lo anterior, discrepamos del criterio que en vigencia de la perención, pero aplicable al desistimiento tácito, sostuvo el maestreo HERNANDO MORA-

---

absoluta claridad, al igual que lo hacía el art. 10 del código derogado en 1972, que los actos de comercio, sin dejar de serlo, pueden ser llevados a la práctica accidentalmente o de manera ocasional por personas civiles que no tienen el hábito del comercio ni hacen una profesión de la repetición habitual de actividades que la ley reputa mercantiles, lo que al decir de autorizados escritores significa que «... junto con la actividad mercantil de índole profesional, esto es, sistemática y especuladora de una determinada clase limitada de personas, los comerciantes, han ido desarrollándose una actividad mercantil no profesional, sino ocasional, por una multitud de personas que, sin hacer del comercio su ocupación sistemática, realizan una especulación comercial cuando la ocasión se presenta...». Sent., cas civil, 7 febrero 1996, rad. 4602-96, ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo.

LES[15], al afirmar que, con fundamento en la indivisibilidad del proceso, no hay lugar al tácito desistimiento de la segunda instancia, a pesar de que ante el *ad quem* se den los requisitos para producirlo, si ellos no se presentan ante el *a quo*. En cambio, consideramos que esto sí es indispensable en el desistimiento tácito del proceso, porque allí sí es necesario afectar al todo; entonces, la actividad o la falta de cualquiera de los otros presupuestos ante el de segunda instancia, suple la ausencia de ellos ante el de primera.

C) *Inactividad procesal.* Este presupuesto se configura por el solo hecho de estar pendiente un acto procesal, cuya iniciativa recae en la parte que dio origen al trámite donde debe llevarse a cabo. A diferencia de lo que ocurre en la perención, el desistimiento tácito no está supeditado a un término; basta simplemente que esté pendiente la solicitud de la parte para que se decrete el acto o la gestión que le dé curso a la actuación.

D) *Parte activa de la sanción.* Según se infiere de lo expuesto, como el desistimiento tácito no se limita al proceso, como tal, sino a toda actuación, la sanción que la declaratoria apareja afecta al actor, entendido como el sujeto que dio origen a la actuación donde el acto de impulso debe surtirse. En consecuencia, por ejemplo, será a la parte que denuncie el pleito, que puede ser demandante o demandado, a quien promovió el incidente de levantamiento de las cautelares, que puede estar constituido por un tercero ajeno al proceso, etc.

E) *De procedibilidad.* La declaratoria de desistimiento tácito no se decreta de plano, por cuanto es necesario, como requisito de procedibilidad, que el juez previamente requiera a la parte de quien depende el acto que dé impulso a la actuación promovida para que lo realice dentro de los treinta días siguientes.

La providencia que requiera el cumplimiento de la gestión, de acuerdo con lo preceptuado por la norma, se notifica por estado y se comunica al día siguiente por el medio mas expedito, que generalmente es el telegrama. De este texto surge el interrogante de la persona a quien debe hacérsele la comunicación, si es directamente a la parte o al apoderado o ambas. Como habla de comunicación en sentido singular, que significa es a uno solo y el indicado es la parte, consideramos, sin embargo, que lo prudente es enviarlo también al apoderado, máxime cuando este, por regla general, es el llamado para realizar la petición.

No dice la disposición cuál es la naturaleza del auto que se pronuncie en el sentido anotado y los recursos que proceden contra él, pero, incuestionablemente, como se concreta a ordenar surtir una actuación, es de simple trámite y, por ende, susceptible solo de reposición.

Mientras se cumple el plazo de treinta días para que se formule la petición o se realice la gestión que corresponda, según el caso, el expediente debe per-

[15] HERNANDO MORALES MOLINA, *Curso de derecho procesal civil*, 11ª ed., Parte general, Santa Fe de Bogotá, ABC, 1991, pág. 499.

manecer en la secretaría, dispone la norma. No creemos que esta exigencia sea perentoria, por cuanto, si bien tiene aplicación cuando recae sobre el proceso, no ocurre lo mismo cuando se trata de una actuación que carece de incidencia en él y, por ende, puede continuar su trámite normal.

F) *Declaratoria.* Si el actor no lo realiza dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la providencia el acto para el cual fue requerido, el juez declara la terminación del proceso o de la correspondiente actuación, según el caso, la cancelación de los títulos del demandante, cuando a ellos hubiere lugar, levanta las medidas cautelares, si están vigentes, y, como secuela de esto, la condena en costas y perjuicios a la parte actora. Significa lo dicho que la condena en costas y perjuicios solo se impone cuando hay lugar a levantar las medidas cautelares. Como la condena en perjuicios es *in genere*, se liquidan en la forma prevista por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Debe asimismo odenarse el desglose de los documentos que sirvieron de base para la admisión de la demanda, con las constancias del caso, para así tener conocimiento de ello ante un eventual nuevo proceso. La norma no lo dice, pero consideramos que los anteriores pronunciamientos deben estar precedidos de la declaración de desistimiento tácito, que es la figura donde tienen su fundamento.

a) *Clase de providencia.* El desistimiento tácito se decreta mediante un auto y, aun cuando la norma no indica su naturaleza, consideramos que, por la clase de decisión, que constituye una modalidad del desistimiento e implica la terminación de una actuación, tiene la calidad de interlocutoria.

b) *Notificación.* El auto que decreta el desistimiento tácito se notifica por estado para todas las partes.

c) *Recursos.* La norma también en este aspecto guarda silencio, pero, como para deducir la naturaleza interlocutoria del auto, tomamos en consideración precisamente que es susceptible de apelación, porque decreta el desistimiento de la demanda o la terminación de una actuación, que son actuaciones contempladas en el numeral 7 del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil.

Empero, es mayor el vacío en cuanto al efecto en que debe concederse la apelación. Creemos que, cuando se decreta el desistimiento de la demanda, se surte en el efecto suspensivo, de conformidad con el inciso final del artículo 345 del Código de Procedimiento Civil. Cuando se declara la terminación de una actuación, el citado numeral 7 del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, lo enuncia conjuntamente con otras actuaciones que implican también la terminación del proceso, entre las cuales se encuentra precisamente el desistimiento, por lo que debe aplicarse la misma regla prevista para este, esto es, surtirla en el efecto suspensivo, máxime cuando ella no queda pendiente gestión alguna.

Correlativo a lo anterior, tampoco existe disposición que indique el efecto en que debe concederse la apelación de la providencia que niega la decla-

ratoria de desistimiento tácito y las secuelas que de ello se derivan, pero en este evento corresponde aplicar el criterio general adoptado por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 354, inciso 2º del numeral 3º, en el sentido que la apelación se surte en el efecto devolutivo.

G) *Efectos.* Son varias las secuelas que se desprenden de la declaratoria de desistimiento tácito, a saber:

a) *Respecto de la actuación.* El principal efecto es la terminación del proceso o trámite donde se produce. Empero, el desistimiento de la segunda instancia tiene efectos distintos de los del proceso, porque entonces lo que el funcionario judicial declara es la deserción del recurso, que implica dejar en firme la providencia recurrida y el regreso del expediente al de primera instancia.

Consideramos, sin embargo, que, en ciertos casos, el desistimiento tácito de la segunda instancia determina también la del proceso, lo que sucede cuando los requisitos que la estructuran se presenten tanto ante el funcionario de primera como ante el de segunda, siempre que la apelación sea de un auto en el efecto devolutivo o diferido.

El efecto fundamental radica en que cuando afecta al proceso o la demanda, como dice la norma, no es factible volver a presentarlo, sino después de seis meses, contados a partir de la ejecutoria del auto que decreta el desistimiento. Cuando recae en una actuación dentro del proceso, aunque la norma guarda silencio, precluye la oportunidad de proponerla nuevamente, como ocurre cuando la solicitud que la origina se presenta extemporáneamente.

b) *Respecto de la prescripción y caducidad.* La norma no se refiere a estos dos aspectos cuando el desistimiento se decreta por primera vez, pero debe aplicarse lo que anotamos al tratar de la perención en el ejecutivo, en el sentido que, si bien con la presentación de la demanda y su notificación al demandado se interrumpe la prescripción, el desistimiento, de conformidad con lo preceptuado por el numeral 1 del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, determina que no se interrumpa la prescripción y opera la caducidad y, por ende, es como si el proceso donde se decreta no se hubiese surtido.

c) *Respecto del derecho material.* La norma dispone que el desistimiento decretado por segunda vez entre las mismas partes y por las mismas pretensiones extinge el derecho material pretendido. Por consiguiente, en este supuesto, la parte beneficiada con el desistimiento tácito en el primer proceso, puede en el segundo invocar esa circunstancia para dejar sin efecto la pretensión. Es, desde luego, cuestión de fondo y no procesal.

d) *Eficacia de las pruebas.* Las pruebas decretadas y practicadas en el proceso perimido conservan su valor y eficacia en uno posterior, mediante el traslado, siempre que esas actuaciones se hayan surtido con intervención de la contraparte de quien las solicita para cumplir con el requisito de la contradicción.

## Sección VI. *Cesación de procedimiento*

### 31. Concepto

Existen ciertas circunstancias que se presentan en el curso o desarrollo de un proceso y constituyen presupuesto esencial del asunto controvertido, por lo cual es imposible proferir una decisión de fondo y, por ende, determinan su finalización.

### 32. Presupuestos

De acuerdo con la anterior definición, los requisitos para que se presente esta figura, se concretan a los siguientes:

A) *Que ocurra una circunstancia que deje sin efecto un presupuesto esencial de lo que constituye el objeto del proceso.* En nuestro medio en el penal obra por la muerte del sindicado (por cuanto no hay en ese supuesto a quien juzgar), la inexistencia del delito, que el sindicado no lo ha cometido o la conducta es atípica, o aparece demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no puede iniciarse o proseguirse, porque entonces desaparece la causa que origina el proceso (C. de P. P., art. 36).

En materia civil también existen varias situaciones que la configuran, como cuando el derecho controvertido se consolida en una sola de las partes, por ejemplo en el deslinde, si el dueño de un predio adquiere la propiedad del otro; en el divisorio, si un comunero compra la cuota de los otros; por desaparecer el vínculo o calidad esencial, como ocurre con la muerte de uno de los cónyuges en el divorcio, la nulidad de matrimonio, separación de bienes, etc.

B) *Que la decisión de fondo sea improcedente.* Es secuela de la anterior, por cuanto no es dable que el juez profiera sentencia y considere en ella el fondo de la cuestión controvertida, por faltar uno de los presupuestos esenciales.

C) *Que el respectivo ordenamiento procesal consagre la cesación.* No bastan los anteriores supuestos, por cuanto se requiere que el respectivo código de procedimiento reconozca en forma expresa la cesación, como acontece en penal, a diferencia del civil, en donde carece de respaldo positivo, salvo en la separación de bienes, extensible al divorcio.

D) *Que el funcionario la declare en cualquier oportunidad del proceso antes de dictar sentencia.* Es necesario que el precepto establezca o consagre expresamente este requisito, que le permite al funcionario pronunciarse expresamente sobre la cesación y reconocer la causa que la origina, como acontece en el penal.

El ordenamiento procesal que nos rige no consagra la cesación de procedimiento en materia civil, aunque son varias las situaciones en donde puede

tener aplicación, lo cual constituye un vacío, pues, aunque existen otros mecanismos para obtener el reconocimiento de esa situación, ello entraña, de una parte, actuación adicional, que carece de justificación y constituye un atentado contra la economía procesal, o, de otra, que se acuda a una de las figuras que determinen finalización del proceso, lo cual no siempre es factible de obtener.

En efecto, es posible que el juez reconozca en la sentencia la causal de cesación del procedimiento como extintiva del derecho sustancial, siempre que sea alegada y probada a más tardar en el alegato de conclusión, como lo preceptúa el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 20 de la ley 446 de 1998, que reemplazó al artículo 57 del decreto 2651 de 1991, permite que las partes, de común acuerdo, antes de precluir el término u oportunidad probatoria, sin perjuicio de la facultad oficiosa para decretar pruebas, le soliciten al juez que lo falle, en lo que se conoce como *sentencia anticipada*. También se puede acudir a otro medio anormal de terminación del proceso, como es el desistimiento.

## **Sección VII.** *Preacuerdos y principio de oportunidad*

### **33.** Concepto

En materia penal se han consagrado estas dos figuras, que son propias de esa rama del derecho y en particular del sistema acusatorio consagrado en nuestro actual ordenamiento procesal, que encajan dentro de los medios anormales de finalización del proceso, principalmente porque no agota la totalidad de las etapas que este comprende. Además, al hablar de acuerdo, implica dos partes y, en cierto sentido, guarda similitud con la transacción, por las concesiones que pueden hacerse. De otra parte, es más relevante en el principio de oportunidad, por cuanto —como reza el artículo 323 de Código de Procedimiento Penal— la Fiscalía, como sujeto activo, puede interrumpir o renunciar a la persecución penal, aspectos, particularmente el último, que se asemeja al desistimiento.

### **34.** Acuerdos

A) *Concepto*. Se concibe —según la definición que da José Fernanado Miestre Ordóñez— como "el convenido o arreglo que celebran la fiscalía y el sujeto pasivo de la persecución penal, tendiente a obtener una condena anticipada sin necesidad de seguir la totalidad de los pasos del trámite procesal ordinario dispuesto por la ley"[16].

[16] José Fernando Mestre Ordóñez, "La eficacia de los preacuerdos en el derecho procesal penal colombiano", en *Memorias del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Departamento publicaciones de la Universidad Libre, 2008, pág 21.

B*) Naturaleza jurídica.* Se denominan preacuerdos por cuanto, si bien hay un convenio entre las partes, integradas por la fiscalia y el imputado, no surte efectos jurídicos sino hasta que cumpla el requisito de la aprobación judicial, que se produce mediante sentencia y con la cual adquiere la calidad de acuerdo.

C) *Características.* Los efectos del preacuerdo están claramente determinados y, aunque su contenido es objeto del convenio entre las partes, uno y otro tienen como límite la ley. Son vinculantes entre las partes hasta cuando el juez lo aprueba.

*Clases.* Varias modalidades puede adoptar el preacuerdo, según el objeto sobre el que recaiga, distinguiéndose los relativos a la existencia del cargo formulado los que tienen que ver con su contenido o si existe cooperación del procesado con la administración de justicia.

D) *Clases por el objeto de la negociación.* Ofrece variantes, que se concretan a cuando el preacuerdo recae sobre la imputación de los hechos, la imputación jurídica o a la disminución de la pena.

E) *Oportunidad.* Hay dos oportunidades en que puede efectuarse el preacuerdo: la primera, a partir de la formalización de la investigación hasta antes de formular la acusación, y la segunda, desde que se presenta la acusación hasta antes de interrogarse al procesado en el juicio.

## **35.** Principio de oportunidad

A) *Concepto.* Nuestro ordenamiento positivo no define el principio de oportunidad, pero, según se infiere del texto legal, es un conjunto de atribuciones que se le otorgan a la Fiscalia, como ente acusador, que se contraen, según lo preceptuado por el artículo 323 de la ley 906 de 2004, a *suspender, interrumpir o renunciar.*

B) *Sistemas de acuerdo con el criterio imperante en el proceso.* Se reconocen esencialmente dos sistemas: *el anglosajón y el europeo,* cada uno con una orientación propia, que tiene su fundamento en la política del Estado en la persecución del delito.

El principio de legalidad prevaleció en Europa continental y se caracteriza porque el delito debe ser investigado y sus autores acusados y juzgados, sin que, una vez iniciado, sea posible interrumpirlo. Fue el vigente en nuestro medio hasta la Constitución de 1991.

El sistema anglosajón, en cambio, adopta el principio de oportunidad, que se basa en la negociación y con fundamento en el interés de la justicia y la conveniencia del ejercicio de la acción, por lo cual se le otorga a la Fiscalía la facultad de incoar o abstenerse de ejercer la acción, según sea conveniente para el Estado y de acuerdo con los criterios económicos y sociales.

C) *Sistemas en el principio de oportunidad.* Son tres en los cuales puede encuadrarse este aspecto, a saber:

a) El *de la libre oportunidad*, propio del sistema anglosajón, en el cual la Fiscalía, sin estar sometido a determinadas reglas, está facultada para decidir si inicia o no la acción o desiste de ella, según el caso. Asimismo, goza de plena autonomía para negociar con el acusado, correspondiéndole al juez solamente aprobarlo.

b) El de la *oportunidad facultativa*: se presenta cuando la ley consagra unas condiciones generales para que se aplique el principio de oportunidad, sin que impliquen limitarle a la entidad acusadora la facultad de negociar. Asimismo puede optar por iniciar o no la acción penal.

c) El de la *oportunidad reglada.* Tiene ocurrencia cuando la ley consagra en forma taxativa los parámetros dentro de los cuales debe actuar la Fiscalía. Por tanto, ellos señalan al fiscal cuándo puede decidir sobre la acción penal y archivar un caso.

Este ha sido el sistema adoptado en nuestro medio por la ley 906 de 2004. El artículo 2º del acto legislativo 3 de 2002 condicionó el principio de oportunidad a tres factores: procede únicamente en los casos en que la ley lo faculte; su regulación se contrae al marco de la política criminal de Estado, y, finalmente, está sujeto al control judicial de garantías.

Son tres las facultades que a la Fiscalía le otorga la ley en observancia del principio de oportunidad, como antes lo expresamos, a saber: *suspender, interrumpir o renunciar.* No se contempló la abstención, esto es, que la Fiscalía no decida investigar el presunto delito. Hay diferencia entre suspender, que se refiere al total del procedimiento, e interrumpir, que se refiere solo a una determinada actuación. En el artículo 4º de la resolución 6657 de 2004 emanada de la Fiscalía General de la Nación, se establece que "la suspensión y la interrupción de la acción penal son actos preparatorios de la decisión final de renuncia, única vía que conduce a la extinción de la acción penal"[17].

[17] En nuestro ordenamiento, el acto legislativo 3 de 2002 en su artículo 254 adoptó el principio de oportunidad, cuyo texto es del siguiente tenor: "La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio".

Con la reforma constitucional del art. 250, se consagró el principio de oportunidad en la ley 906 de 2004, que modificó el Código de Procedimiento Penal en los siguientes términos: Art. 66. "*Titularidad y obligatoriedad.* El Estado, por intermedio de la Fiscalía General

de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías".

La ley determina quién tiene la facultad para aplicar el principio de oportunidad y bajo qué parámetros, el artículo 321 de la ley 906 de 2004 ordena: La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado ...

## BIBLIOGRAFÍA


ALSINA, HUGO: *Tratado teórico-práctico de derecho procesal ciivl y comercial*, t. II, Buenos Aires, Ediar, Sociedad Anónima Editores, 1963.

— *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, Sociedad Anónima de Editores, 1968, pág. 130.

ALLORIO, ENRICO: *Ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958.

AREAL, LEONARDO y FENOCHIETTO, CARLOS: *Manual de derecho procesal*, t. I, Buenos Aires, Edit. La Ley, 1966.

AZULA CAMACHO, JAIME: *Manual de derecho procesal civil*, Parte general, t. II, 7ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2004.

— *Manual de derecho procesal civil*. Parte general, t. II, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994.

BLANCO GÓMEZ, JOSÉ LUIS: *La prueba de oficio*, Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1992.

VON BÜLOW, OSCAR: *Teoría de las excepciones procesales y presupuestos procesales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

CALAMANDREI, PIERO: *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

CARLOS, EDUARDO B.: *Introducción al estudio de derecho procesal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

CARNELUTTI, FRANCESCO: *Cómo se hace un proceso*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997.

— *Derecho y proceso*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

— *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

— *Sistema de derecho procesal*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

— *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Uthea, 1944.

CHIOVENDA, GIUSEPPE: *Derecho procesal civil*, t. II, Madrid, Edit. Reus.

— *Principios de derecho procesal civil*, t. I, 3ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, S. A., s/f.

CORDERO, FRANCESCO: *Procedimiento penal*, trad. de Jorge Guerrero R., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 2000.

COUTURE, EDUARDO J.: *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Edic. Depalma, 1962.

— *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1958.

— *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1948.

— *Proyecto. Exposición de motivos*, mimeografiado.

De la Plaza, Manuel: *Derecho procesal civil español*, t. i, 3ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1951.

De Santo, Víctor: *Diccionario de derecho procesal*, Buenos Aires, Edit. Universidad, 1991.

Devis Echandía, Hernando: *Compendio de derecho procesal*. Teoría del proceso, t. i, 2ª ed., Bogotá, Edit. ABC.

— *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Edic. Aguilar, 1966.

— *Compendio de derecho procesal civil*, Bogotá, Edit. Temis, 1963.

— *Compendio de derecho procesal*, 9ª ed., t. iii, Pruebas judiciales, Bogotá, ABC, 1988.

— *Compendio de derecho procesal*, t. i, Teoría general del proceso, Bogotá, ABC, 1972.

— *Pruebas judiciales*, Bogotá, Edit. Temis, 1969.

— *Tratado de derecho procesal civil*, t. i, Bogotá, Edit. Temis, 1961.

— *Tratado de derecho procesal civil*, t. ii, Bogotá, Edit. Temis, 1962.

— *Tratado de derecho procesal civil*, t. iii, Bogotá, Edit. Temis, 1963.

Díaz, Clemente A.: *Instituciones de derecho procesal*, t. ii, vol. B, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1972.

— *Instituciones de derecho procesal*, Parte general, t. i, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

*Diccionario de la Real Academia*, edición de 1947, pág. 1028.

Fairén Guillén, Víctor: *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

Fassi, Santiago: *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1971.

García Sarmiento, Eduardo: *Medidas cautelares*, Bogotá, Edit. Foro de la Justicia, 1981. En la 2ª ed., Bogotá, Temis-Ediciones Jurídicas Radar, 2005.

Goldschmidt, James: *Principios generales del proceso*, t. i, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

Guasp, Jaime: *Derecho procesal civil*, t. i, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.

Ibáñez Frocham, Manuel M.: *La jurisdicción*, Buenos Aires, Astrea, 1972.

— *Tratado de los recursos en el proceso civil*, 4ª ed., Buenos Aires, Edit. La Ley, 1969.

Kisch, Wilhelm: *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

Liebman, Enrico Tulio: *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980.

López Blanco, Hernán Fabio: *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. i, parte general, 6ª ed., Santa Fe de Bogotá, ABC, 1993.

— *Procedimiento civil*, t. i, 9ª ed., Bogotá, Edit. Dupré, 2005.

Mattirolo, Luis: *Tratado de derecho judicial civil*, t. i, Madrid, Edit. Reus, 1930.

Mercader, Amílcar: *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1944.

Mestre Ordóñez, José Fernando: "La eficacia de los preacuerdos en el derecho procesal penal colombiano", en *Memorias del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Libre, 2008.

MICHELI, GIAN ANTONIO: *Derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970.

MONTERO AROCA, JUAN: *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, Edit. Civitas, 1994.

MORALES MOLINA, HERNANDO: *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, 11ª ed., Bogotá, ABC, 1991.

— *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, 6ª ed., Bogotá, ABC, 1973.

— *Curso de derecho procesal civil*, 4ª ed., Bogotá, Ediciones Lerner, 1960.

ODERIGO, MARIO A.: *Lecciones de derecho procesal*, t. II, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1971.

PALACIO, LINO ENRIQUE: *Manual de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

— *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Edit. Porrúa, 1956.

PARRA QUIJANO, JAIRO: *Derecho procesal civil*, Parte general, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1992.

PARRY, ADOLFO E.: *Perención de la instancia*, 3ª ed., Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Omeba, 1964.

PRIETO CASTRO, LUIS: *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968.

QUIROGA CUBILLOS, HÉCTOR: *Procesos y medidas cautelares*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Okey, 1991.

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: *Derecho procesal civil*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992.

— *La sucesión procesal*, Barcelona, Biblioteca Hispano Europea de Ciencias Sociales, 1974.

REDENTI, ENRICO: *Derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

ROCCO, ALFREDO: *La sentencia civil*, México, 1944.

ROCCO, UGO: *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1969.

RODRÍGUEZ, GUSTAVO HUMBERTO: *Derecho probatorio*, 7ª ed., Santa Fe de Bogotá, Ed. Ciencia y Derecho, 1997.

— *Nuevo procedimiento penal colombiano*, 3ª ed., Bogotá, Ediciones Ediculco, 1977.

RODRÍGUEZ, LIBARDO: *Derecho administrativo*, 8ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1995.

ROSENBERG, LEO: *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurí-di-cas Europa-América, 1955.

RUBIANES, CARLOS J.: *Manual de derecho procesal penal*, t. I, Teoría general de los procesos penal y civil, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1969.

SCHÖNKE, ADOLFO: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1950.

SCHWAB, CARL: *El objeto litigioso en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968.

SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL: *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1969.

VÉSCOVI, ENRIQUE: *Teoría general del proceso*, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

# ÍNDICE DE AUTORES

# ÍNDICE DE DISPOSICIONES

*Código de Procedimiento Civil*



*Código de Procedimiento Civil*



*Código de Procedimiento Penal*



*Código Disciplinario Único*



*Código Penal*



*Código Procesal del Trabajo*

*Constitución Política de 1991*



*Decretos*



*Leyes*

*Leyes*

# ÍNDICE DE MATERIAS

—T—



—U—



—V—

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Nomos Impresores, el día veinticuatro de febrero de dos mil diez, aniversario del nacimiento de PAUL MATTHIAS WEHNER (n. 24, II, 1583 y m. 24, XII, 1612).

LABORE ET CONSTANTIA

# MANUAL
# DE
# DERECHO PROCESAL

Azula Camacho, Jaime, 1936-
Manual de derecho procesal : Tomo I, Teoría general del proceso / Jaime Azula Camacho. -- 10a. ed.-- Bogotá : Editorial Temis, 2010.
520 p. ; 24 cm.
Incluye bibliografías e índices.
ISBN 978-958-35-0768-7
1. Procedimiento civil – Legislación - Colombia – Manuales 2. Derecho procesal – Colombia – Manuales 3. Procedimiento civil – Colombia – Manuales I. Tít.
347.9861 cd 21 ed.
A1247401

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango